

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA

TUTELLE PERPÉTUELLE DES FEMMES

DROIT FRANÇAIS

DE LA DÉCHÉANCE ET DES RESTRICTIONS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 23 mars 1895, à 1 heure

Par **Alphonse MONIRA**

Avocat à la Cour d'appel de Paris

Président : M. BUFNOIR, professeur.

Suffragants : { MM. BEUDANT, { professeurs.
LÉON MICHEL, {
CUQ, agrégé.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées
sur les autres matières

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

15. RUE RACINE, 15

—
1895

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA

TUTELLE PERPÉTUELLE DES FEMMES

DROIT FRANÇAIS

DE LA DÉCHÉANCE ET DES RESTRICTIONS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 23 mars 1895, à 1 heure

Par Alphonse MONIRA

Avocat à la Cour d'appel de Paris

Président : M. BUFNOIR, professeur.

Suffragants : { MM. BEUDANT,
LÉON MICHEL, { *professeurs.*
CUQ, { *agrégé.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées
sur les autres matières

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

15, RUE RACINE, 15

1895



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN

DE LA

TUTELLE PERPÉTUELLE DES FEMMES

INTRODUCTION

SECTION I

Incapacité politique de la femme.

Le rôle de la femme dans la Rome primitive était celui qui lui convenait véritablement dans la famille. Etrangère aux discussions du forum et aux luttes du dehors, son activité était absorbée par les nombreux travaux du ménage.

Dans les inscriptions funéraires, pour désigner la matrone romaine qui a dignement vécu et bien rempli son devoir, on trouve les expressions de *lanifica*, *pudica*, *domiseda*. C'est, qu'en effet, la vie de la femme romaine se passait tout entière à l'*atrium*, entre son fuseau et ses enfants, au grand jour ; et tandis qu'à Athènes la femme restait toujours enfermée dans le gynécée, à Rome c'est elle qui recevait les étrangers ; c'est sur elle que reposait le devoir d'hospitalité, et c'est elle qui offrait en l'absence du *paterfamilias* les sacrifices aux mânes des ancêtres.

Aussi dans quelque infériorité que les lois romaines aient placé la femme dès le début, elle était honorée et respectée : au théâtre, au repas, aux fêtes, partout elle a sa place d'honneur, et dans la rue, le préteur se range sur son passage.

Avant tout, elle s'occupait de l'éducation de ses enfants, elle leur enseignait les sentiments nobles et généreux, les principes du bien et de la morale, laissant à d'autres maîtres le soin de leur apprendre l'éloquence et le maniement des armes.

Dans ces premiers temps de Rome, la mère nous apparaît comme le génie bienfaisant de la famille ; quelle admiration ne devons-nous pas avoir pour une femme telle que Cornélie, mère des Gracques ! Si à l'époque où elle vivait ces traditions s'étaient déjà un peu perdues il avait existé avant elle bien des femmes

qui avaient tenu dignement leur place par leurs vertus et leurs nobles sentiments à côté des vieux Romains du commencement de la République.

Mais le jour où les mœurs deviennent moins pures, le jour où un luxe dissolvant commence à se répandre dans Rome, les nouvelles habitudes entrent jusque dans la famille. Cette évolution se manifeste dès le commencement du ^{vi}^e siècle (254 av. J.-Ch.); les femmes se parent de bijoux d'or, d'étoffes multicolores, la simplicité des premiers temps disparaît peu à peu. Les femmes rivalisent entre elles non plus pour la tenue de leurs maisons, pour leur bonne réputation, mais pour le luxe de leurs costumes. Les citoyens encore attachés aux vieilles traditions sentirent tout le danger du nouvel état de choses : en 539, U. C. (215 av. J.-Ch.) ils firent voter une loi interdisant aux femmes les bijoux d'or. Loin de se soumettre, les femmes intrigèrent pour faire rapporter cette loi; leur influence s'étendait déjà au dehors du foyer domestique, car en 559 la prohibition fut levée. Les hommes se vengèrent en établissant en 570 un impôt sur le luxe des femmes : c'était la meilleure manière de lui donner droit de cité.

En même temps que les femmes se départaient de la réserve qui leur convenait, elles cherchaient à acquérir de l'influence au dehors, à exercer un certain pouvoir sur la direction des affaires publiques. Il est

certain qu'elles ont réussi à avoir sur le gouvernement de la République une influence indirecte. Sous l'Empire et pendant toute la décadence, elles ont joué un rôle important comme élément de démoralisation ; et de même que les femmes de la République avaient donné l'exemple de toutes les vertus, celles de l'Empire étalèrent impudemment tous les vices.

Si les femmes ont ainsi eu sur les mœurs et sur les affaires une influence plus ou moins considérable, elles n'ont jamais pu, à aucun moment, occuper une fonction publique quelconque. *Cum feminis nulla comitiorum communicatio*, Aulu-Gelle, V, 19. Cette règle est formulée d'une manière générale dans la loi 2, pr., au Digeste, lib. L, tit. XVII, *de diversis regulis juris antiqui* : « *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt : et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere* » (1). De nombreuses applications de la prohibition générale sont faites dans les textes des jurisconsultes. Paul dans son *lib. 17 ad edictum*, a écrit le passage suivant qui forme au Digeste le § 2 de la loi 12 (lib. V, tit. I) : « *Non autem omnes iudices dari possunt ab his, qui iudicis dandi jus habent : quidam enim*

1. Voir l'énumération des différentes incapacités qui frappent les femmes à Rome dans Accarias, t. II, p. 211, note 3.

« *lege impediuntur ne judices sint, quidam natura,*
« *quidam moribus... moribus, feminæ, et servi :*
« *quia non habent judicium, sed quia receptum est*
« *ut civilibus officiis non fungantur.* » Le jurisconsulte rattache cette impossibilité pour les femmes d'être juges, à l'idée qu'elles sont écartées de toute fonction publique. D'après la même règle, une femme ne pourra pas se porter accusateur ; c'est le sexe qui est la raison de cet empêchement : loi 8 au Digeste, lib. XLVIII, tit. II, *de accusationibus et inscriptionibus* ; cependant une exception est faite lorsqu'elle poursuit le meurtrier de certains proches, l. 1, *eod. tit.*

Le testament a toujours été regardé à Rome comme un acte grave, intéressant la société qui y est représentée par les témoins. La femme ne pourra pas remplir cette fonction : « *Femina neque familiæ emptor esse, neque testis libripensve fieri potest.* » Ulpien, *Regulæ*, tit. XX, 7. La même idée est reproduite aux Institutes de Justinien, lib. II, tit. X, *de testamentis ordinandis*, § 6. La femme peut être témoin dans un acte autre qu'un testament ; il faut le décider ainsi en présence de la loi Julia *de adulteriis*, qui défend tout témoignage à la femme condamnée pour adultère, Dig. lib. XXVIII, tit. I. *Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant*, l. 20, § 6 ; Dig. lib. XXII, tit. VI, 18.

Il est également défendu aux femmes de paraître en justice et la prohibition s'étend même au cas où une mère voudrait soutenir les intérêts de son fils impubère. La Constitution 18, au Code, lib. II, tit. XIII. *De procuratoribus* statue ainsi : « *Alienam suscipere defensionem virile est officium, et ultra sexum muliebrem esse constat. Filio itaque tuo si pupillus est, tutorem pete.* » La même règle est exprimée au Digeste dans la loi 1, § 5, lib. III, tit. I. *De postulando* : « *Secundo loco edictum proponitur in eos qui pro aliis ne postulent : in quo edicto exceptit prætor sexum et casum... sexum, dum feminas prohibet pro aliis postulare.* » Mais Ulpien auquel est emprunté ce fragment n'admet pas que cette prohibition soit une application de la règle générale posée plus haut, il ajoute en effet : « *Et ratio qui dem prohibendi, ne, contra pudicitiam sexui congruentem, alienis causis se immisceant : ne virilibus officiis fungantur mulieres* ». Et le jurisconsulte explique qu'un incident particulier a motivé cette interdiction : « *Origo vero introducta est a Carfania improbissima femina : quæ invectum recunde postulans, et magistratum inquietans, causam dedit edicto* » (1). Quant à nous, nous pensons que si une scène de cette nature a motivé l'inter-

1. Cette scène se serait passée en 48 après Jésus-Christ.

vention du préteur, c'est que ces faits se passaient assez fréquemment et que le magistrat était éclairé sur l'impossibilité d'accorder aux femmes le libre accès pour parler devant les tribunaux.

Si le droit de *postulare pro alio* a appartenu un moment aux femmes pour leur être retiré plus tard, il en est autrement du droit d'être tuteur qui leur était refusé à l'origine et leur fut accordé, dans des limites très restreintes, vers la fin du droit romain. Gaius, lib. 12, *ad Edictum provinciale* : « *Tutela plerumque virile officium est* », loi 16, pr. au Digeste, lib. XXVI, tit. I. Au même titre, le fragment 18 extrait de Neratius expose la règle et l'exception : « *Feminae tutores dari non possunt : quia id munus masculorum est : nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulant.* » C'est seulement sous Justinien que d'abord la mère naturelle eut un droit à être tutrice de ses enfants, à condition qu'elle fit la promesse de ne pas se marier et de renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velléien, l. 3 au Code, *quando mulier tutelæ officio fungi potest*, lib. VI, tit. XXXV. Plus tard, la nouvelle 118 décida que la mère et l'aïeule légitimes seraient admises à la tutelle de leurs enfants ou petits-enfants, sous les mêmes conditions que dans la loi 3 précitée : « *Si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani senatus consulti renuntiant* ». Nov. CXVIII, cap. V. *De legitima tutela liberorum et matre et avia*. Dans

le même passage, Justinien maintient encore la prohibition générale pour les femmes d'exercer la tutelle.

L'une des tutelles les plus favorables est celle du patron sur son affranchi; ce dernier n'a pas d'agnat, et son patron ou ses enfants sont seuls appelés à la succession. En principe, le fardeau de la tutelle incombe à celui qui a l'espérance de recueillir la succession; nous disons en principe parce qu'il est fait une exception en faveur de la femme qui affranchit un esclave; elle a bien *emolumentum successionis*, mais non *onus tutelæ*. C'est ce qu'exprime Justinien aux Institutes, lib. I, tit. XVII : « *Ideo autem diximus plerumque, quia, si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius sit tutor.* »

Nous avons vu toutes les conséquences qu'avait pour les femmes la règle générale de la L. 2, pr. au Digeste, lib. L, tit. XVII.

Cependant, s'il faut en croire Tite-Live (lib. XXXIV, 2 et 3), elles avaient le plus grand désir d'arriver à égaler les hommes : « *Omnium rerum libertatem, imo licentiam desiderant... et æquari postremum viris.* » Mais, malgré tous leurs efforts, toutes leurs intrigues, elles demeurèrent incapables d'exercer une fonction de l'ordre politique.

SECTION II

La *manus*.

Dans l'ordre du droit privé les deux puissances spéciales auxquelles la femme est soumise sont la *manus* et la tutelle perpétuelle.

La *manus* est une puissance particulière qui s'exerçait sur les femmes. A l'origine, le mot *manus* désignait toute propriété, tout pouvoir sur une chose (Tite-Live III, 45 ; XXIV, 2 ; XXXIX, 18 ; Pline, Ep. VIII, 18 ; Inst. I, 12, 6 ; Plaute, Curc. IV, II, 10 ; Merc. II, 3, 117) ; c'était l'expression la plus saisissante de l'appréhension ; mais le mot fut de bonne heure réservé pour la puissance spéciale du mari sur la femme. La *manus* n'est pas la conséquence nécessaire du mariage (1) ; en effet, dans les XII Tables, on voit que la femme mariée peut par le *trinodium* éviter de tomber sous la *manus* de son mari.

Le mari a sur sa femme la puissance maritale qui porte sur la personne ; la *manus*, au contraire, s'applique principalement aux biens.

Lorsque le mariage a été contracté sans *manus*, la

1. Labbé. *Du mariage romain et de la manus* Nouv. revue historique, 1887, p. 7) ; Lehning, t. II, § 56, p. 188.

femme ne sort pas de sa famille primitive, elle reste soumise à l'autorité de son *paterfamilias* ; mais d'un autre côté elle est sous la puissance de son mari ; il en résulte des conflits inévitables qui sont réglés par le tribunal domestique. Cette assemblée de famille est composée de parents ou d'amis ; la procédure à suivre dans ce conseil n'est pas réglementée par la loi, les mœurs sont les seuls guides en cette matière. D'ailleurs, le tribunal domestique a une autorité toute morale.

Le conflit qui est à craindre lorsque la femme est *filiafamilias* ne peut pas naître si elle est *sui juris* et en tutelle, car le tuteur n'a de pouvoir que sur les biens de sa pupille.

Lorsque le mariage a lieu avec *manus*, la femme sort de sa famille primitive et entre dans celle de son mari ; sans la *manus* la femme se serait trouvée associée au culte domestique, mais elle n'aurait pas fait partie de la *domus*. Par la *manus*, le mari a plus que son autorité maritale, il a sur sa femme un pouvoir analogue à celui qu'il a sur ses enfants et sur ses esclaves. Il n'y a plus à craindre les conflits que nous avons signalés plus haut, puisque la femme n'est plus en rien soumise à son *paterfamilias*, qu'elle a perdu ses droits d'agnation dans sa famille originaire. Le mari qui a la *manus* est propriétaire de sa femme, il peut agir *de injuria* lorsqu'une injure a été adressée à sa

femme (Gaius. C. III, 221) ; exercer l'action *de exhibenda uxore* ou *furti* lorsqu'elle lui a été ravie (Gaius, C. III, 199) ; lorsque la femme a commis un délit, le mari a la faculté de faire l'abandon noxal au profit de la victime (Gaius C. IV, 80). Cette dernière proposition n'est pas admise par Gide ; la divergence vient de la manière différente de lire le § 80 précité du Commentaire de Gaius, mais notre solution ne paraît plus pouvoir être contestée depuis la révision de Studemund.

Si le mariage peut exister sans la *manus*, celle-ci se rencontre aussi en dehors du mariage ; elle n'est plus dans ce cas qu'une puissance nominale. La *conventio in manum* est une formalité qui permet d'atteindre un but plus éloigné, elle est faite, soit *interimendorum sacrorum causa* (Cic. *Pro Murena*, 12), soit *testamendi faciendi causa* (Cic., *Top.* 4. Aulugelle, I, 12, § 9), soit *tutela mutandae causa* (Gaius, C. I, 115 ; Accarias, t. I, n° 121 a, p. 248).

Il existait trois modes d'acquisition de la *manus* : l'*usus*, la *confarreatio*, la *coemptio*.

Dans le premier cas, la femme est considérée comme une chose que le mari usucapera en la possédant pendant une année entière ; cette règle a été inventée pour éviter les conflits qui pouvaient s'élever entre le *paterfamilias* de la femme et son mari : on présume que le père qui a laissé sa fille habiter pendant un an

avec son époux a renoncé à sa puissance; et ainsi ce mode paraît être le plus ancien, il répondait à un besoin de la pratique et il a été usité avant d'être consacré législativement dans le texte des XII Tables : Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 174. Dans l'hypothèse de l'*usus*, la *manus* ne peut évidemment être acquise au mari qu'après le mariage. L'*usus*, sorte de prescription acquisitive, peut être interrompu par un mode spécial; si la femme ne veut pas tomber sous la *manus* de son mari, elle n'a qu'à découcher trois nuits de suite. L'*usus* a disparu de bonne heure, Gaïus constate qu'il n'existe plus de son temps : « *Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.* » Gaïus, comm. I, § 111, *in fine*.

La *manus* s'acquerrait aussi par *coemptio*, l'on considère encore ici la femme comme une chose qui est vendue au mari. La *coemptio* est une cérémonie à laquelle doivent assister, outre les parties contractantes, cinq citoyens romains pubères et une sixième personne appelée *libripens*. La *coemptio* est la seule forme qui convienne à l'acquisition de la *manus* par un autre que le mari, le *coemptionator* étranger n'acquerrait sur la femme qu'une puissance fictive et passagère.

La troisième forme d'acquisition de la *manus* est la *confarreatio*, solennité de mariage usitée dans les

familles patriciennes, et dans laquelle les deux époux partageaient un gâteau de froment après l'avoir rompu au-dessus de la tête des victimes. La *confarreatio* est déjà devenue rare au temps de Tibère ; à ce moment, elle n'entraîne plus *manus* qu'au point de vue des *sacra privata*. Gaius, I, 136. Tac. Ann., 4, 16.

La *manus* tomba en désuétude dès les premiers temps de l'Empire, depuis la loi Julia *de adulteriis* le mari n'a plus le pouvoir de vie et de mort sur sa femme *in manu*. Sous Justinien il n'est plus question de la *manus* qui a disparu bien avant lui, et dès la fin du III^e siècle de l'ère chrétienne.

CHAPITRE PREMIER

SECTION I

Généralités.

Chez tous les peuples de l'antiquité la femme a été à raison de son état de faiblesse et de sa légèreté, à raison de la méfiance qu'elle inspirait, soumise à des règles différentes, à certains points de vue, de celles qui régissaient les hommes. Les Romains ont frappé les femmes de diverses incapacités, comme nous venons de voir ; mais la plus importante et la plus curieuse de ces incapacités est la tutelle perpétuelle qui est une création originale du droit romain.

Nous ne retrouvons une institution analogue que chez les Bythiniens : Gaius. Comm., I, § 193. et chez les Latins : *lex municipalis salpensana*, c. 22.

La tutelle des femmes pubères, telle qu'elle a longtemps existé, est une institution originale qui est en parfaite harmonie avec les mœurs de la Rome primitive.

La tutelle est une force et une puissance qui proté-

gent une personne libre lorsqu'elle n'est pas capable de se défendre elle-même. Le jurisconsulte qui nous donne cette définition ajoute : *propter aetatem*, ce qui signifierait que sont protégés par la tutelle ceux-là seulement dont la faiblesse est un effet de l'âge. Il ne faut point restreindre ainsi le champ d'application de la tutelle, l'existence seule de la tutelle perpétuelle des femmes pubères démontre l'inexactitude de la définition telle qu'elle a été rapportée par Justinien. Il est certain qu'à l'époque des compilateurs la tutelle s'appliquait seulement aux impubères *sui juris*, mais il est non moins certain qu'il n'en a pas toujours été ainsi. La tutelle est en droit romain une puissance accordée sur une personne libre par le droit civil pour protéger celui qui, à raison d'une incapacité normale et régulière, ne peut se défendre lui-même. L'âge, le sexe, sont des incapacités qui nécessiteront une tutelle, tandis que les fous, les prodiges, frappés accidentellement d'une infirmité particulière, seront soumis à la curatelle.

La différence n'est pas seulement dans les mots, les deux institutions sont gouvernées par des règles diverses à de nombreux points de vue. On peut objecter à notre proposition que les pubères *sui juris* et mineurs de vingt-cinq ans, atteints d'une incapacité normale, sont en curatelle. Cela n'affaiblit nullement notre système, car la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans n'a pas été à l'origine une mesure générale applicable à tous

sans distinction : au contraire, c'était une mesure exceptionnelle. Les mineurs n'avaient la protection d'un curateur qu'autant qu'ils la demandaient pour traiter une affaire particulière et on ne pouvait la leur imposer que dans des cas accidentels. Justinien nous l'apprend aux Institutes, lib. I, tit. XXIII, § 2 : « *Item invili adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem.* » Les mineurs ne reçoivent pas de curateur malgré eux, sauf dans une instance lorsque l'adversaire l'exige pour se mettre autant que possible à l'abri de l'*in integrum restitutio*.

On ne pourrait davantage nous opposer que les mineurs de vingt-cinq ans ont des curateurs généraux, car nous répondrions encore que le mineur pourvu d'un curateur général était à l'origine une exception et qu'il le fut pendant longtemps. Car si Saint-Paul, mort en l'année 66 de notre ère, nous parle de mineurs qui ont un tuteur d'abord, puis un curateur depuis leur puberté jusqu'à vingt-cinq ans, il faut remarquer qu'il y avait là un fait extrêmement rare, une mesure appliquée probablement à certains jeunes gens qui, sans être prodiges, avaient une grande légèreté d'esprit. La curatelle générale fut rare, accidentelle, jusqu'à l'époque d'Ulpien.

A ce moment, la majorité des pupilles avaient des curateurs généraux, les jeunes gens par indifférence laissaient le soin de leur patrimoine à leurs anciens

tuteurs. Ces curateurs généraux administraient, mais lorsque le mineur agissait lui-même, le *consensus* qu'ils lui donnaient n'avait pas plus de vertu juridique et de puissance que le *consensus* du curateur spécial.

Le *consensus* ne se confond point avec l'*auctoritas*, il y a entre les deux de profondes différences que nous étudierons plus tard. Les deux institutions sont utiles, de telle sorte que les femmes *nubiles sui juris* et mineures de vingt-cinq ans ont un tuteur général *propter sexum* et peuvent avoir un curateur spécial *propter ætatem* dans les mêmes conditions que les mâles (1); pour que cette allégation soit exacte, il faut se placer vers le II^e siècle de notre ère.

SECTION II

But de la *tutela muliebris*.

Sulpicius définissant la tutelle un pouvoir de protection, il semble qu'elle a été uniquement établie pour défendre la personne en tutelle. Sans examiner la question en général, nous allons essayer de dégager les raisons qui ont amené l'institution d'une tutelle sur les femmes pubères.

Gaius, Comm. I, § 144, s'exprime ainsi : « *Veteres*

1. M. Gérardin, *Cours de Pandectes*, 1891-1892.

enim voluerunt feminas, etiamsi perfectæ ætatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. » Les anciens ont voulu que les femmes soient en tutelle, même lorsqu'elles sont majeures, et ils l'ont ainsi décidé à cause de la légèreté des femmes. Cette même inexpérience de la femme est invoquée par Ulpien, t. XI, § 1 : « *Tutores constituuntur... feminis autem tam impuberibus quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam.* » Mais les femmes, tant pubères qu'impubères, doivent avoir un tuteur à raison de la faiblesse inhérente à leur sexe et de leur ignorance des affaires. Tite-Live rapportant un discours de Caton justifie de la même façon l'incapacité dont nous nous occupons : Tit. Liv. XXXIV, II. Cicéron, *pro Murena*, 12, reproduit la même idée : *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt.* Nos ancêtres ont soumis toutes les femmes à la puissance de tuteurs parce qu'elles n'ont point un jugement sûr.

Tous ces auteurs invoquent la faiblesse de la femme ; mais, si nous nous en tenions à leurs textes, la raison véritable de l'existence de la tutelle ne serait pas suffisamment déterminée, un point resterait obscur : Les Romains ont-ils agi, dans l'intérêt de la femme, pour la protéger contre les entraînements de son sexe ou bien ont-ils créé la tutelle des femmes dans l'intérêt

de la chose publique, par défiance envers cet être inexpérimenté qui pourrait, s'il agissait à sa guise, apporter le désordre dans les affaires ?

La femme avait besoin de protection ; dans la Rome primitive la propriété n'est pas suffisamment protégée par l'autorité publique, il manquait à la femme la force physique qui lui était nécessaire pour défendre ses biens contre les tiers qui voudraient les lui ravir. D'un autre côté la femme n'avait pas la réflexion, la *gravitas* suffisante pour accomplir, sans risquer de se tromper, les rites solennels de la procédure et des actes juridiques (1). Chez les Romains primitifs la forme était essentielle, aussi bien pour la *mancipatio* que pour la *legis actio* ; l'acte était nul, ou le procès était perdu lorsqu'on manquait à faire le geste sacramentel ou à prononcer le mot consacré. Le vieux Romain était réfléchi, il avait un jugement sûr et on pouvait s'en remettre à lui pour guider la femme dans la subtilité des actes juridiques, de même qu'on pouvait compter sur sa force pour défendre la propriété contre les attaques de la violence.

A ces deux points de vue, la femme qui avait besoin d'être protégée l'était pleinement par la tutelle. Mais cette institution n'a pas eu pour but unique ni même

1. Sur cette question, voir M. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 316.

pour but principal de défendre la femme ; elle se rattache intimement au système politique des Romains, c'est un rouage essentiel de la constitution aristocratique de la cité. Etant donnée l'organisation de la République il devait y avoir, et il y avait en réalité, une défiance contre la femme, défiance qui se manifeste par ce fait qu'on la tient à l'écart de toutes les fonctions publiques ; on voulait en faire un être soumis, sans aucune influence, il eût été dangereux d'accorder à la femme avec une capacité entière le pouvoir de posséder un patrimoine libre entre ses mains : c'eût été lui accorder indirectement l'influence politique qu'on lui refusait directement.

Enfin il y avait aussi et surtout une défiance contre les femmes qui par des dissipations, des aliénations inconsidérées, auraient apporté le trouble dans la cité en appauvrissant leur famille. A Rome, en effet, le principe qui domine tous les autres c'est celui de l'intégrité du patrimoine familial. Chaque famille doit pouvoir marcher à son rang, vivre, se perpétuer, et pour cela il lui faut des ressources. La tutelle des femmes a été une protection pour la femme, elle a été encore davantage à notre sens une protection pour la famille de la femme. Les Romains primitifs voyaient avec défaveur l'aliénation d'un bien patrimonial ; ils ont craint que les femmes, ne vivant pas comme eux de la vie du *Forum*, ne voient pas les conséquences

considérables que pourrait entraîner l'appauvrissement d'une famille; ils ont interdit à la femme d'accomplir les actes importants sans se faire assister de conseils expérimentés, et c'est dans le choix de ces conseils que nous voyons bien nettement la protection accordée à la famille. Les citoyens chargés d'éclairer et d'autoriser la femme lorsqu'elle veut contracter, ce sont ses parents, agnats ou gentils, ceux qui doivent hériter d'elle, *ab intestat*, ceux qui sont intéressés à la grandeur et à la prospérité de la famille. Il y a là pour eux, non pas un *munus publicum*, une délégation de l'autorité publique chargée de veiller à la protection des faibles et des incapables, il y a un droit de propriété qu'ils peuvent revendiquer, céder *in jure*. Il faut voir, selon nous, la principale raison de la tutelle perpétuelle des femmes dans cette idée de protection des biens patrimoniaux : la vocation à la tutelle, le droit de propriété accordé aux agnats, les cas où l'*auctoritas* doit intervenir, le développement historique de notre institution, tout indique que là est la vérité. Aussi Gaius traite-t-il de spécieuse, la raison que l'on donne habituellement : *magis speciosa videtur quam vera*, Comm. I, § 190, et il ajoute au § 192 : « *Eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut, quia ad eos, intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus*

relus à surpluſ avec aucune minime loupes ni en héritiers perronnels : toutes ces règles ont été établies pour que les hériſiers préſomptifs des femmes ne ſe trouvent à leur mort ni exclus par un teſtament, ni appelés à une hérité qui aurait été appauvrie par l'alienation des biens les plus précieux ou qui ſerait grevée de nombreuses dettes.

SECTION III

Naissance de la *tutela muliebris*.

A quelle époque eſt apparue cette inſtitution de la tutelle perpétuelle des femmes? Heineccius (*Ant. rom.*, l. i. XIII, § 16) la conſidère comme contemporaine de la fondation de Rome. Nous croyons qu'on ne peut fixer d'une façon aſſi préciſe l'origine de cette tutelle. Nous penſons qu'elle eſt née ſous l'empire de certains beſoins à une époque qu'il ſerait difficile de déterminer.

Les peuples primitifs ne créent point des inſtitutions ſans qu'elles préſentent une utilité réelle; or, il eſt certain qu'à Rome la propriété n'a pas été dès l'origine individuelle et aliénable à la volonté du propriétaire, par ſuite la tutelle qui ſervait à empêcher des alienations inconfidérées n'a pas dû exiſter dès l'origine.

Nous distinguerons, en suivant un savant auteur (1), trois périodes dans l'évolution de la propriété à Rome.

Dans la première période, tout ce qui sert à la vie matérielle et toutes les richesses sont la propriété collective de la *gens*; les membres n'ont que le droit d'en jouir pour subsister, à cette époque, la femme ne peut avoir comme propriété personnelle que ses effets d'habillement. Dans un tel état de la civilisation, la *gens* n'a pas besoin d'être défendue contre les aliénations inconsidérées de la femme. De même qu'à cette époque le mariage avec *manus* existe seul, car il ne fait courir aucun danger à la famille, de même la tutelle n'existe pas encore, parce qu'elle n'a point d'utilité.

Dans la seconde période, la propriété de la famille se divise à la mort du *paterfamilias* entre ses héritiers mâles, mais elle reste inaliénable dans leurs mains; pendant cette période de transition, il n'y a aucun danger pour l'aliénation des biens patrimoniaux, la tutelle n'est pas encore née.

La troisième période est celle où la propriété devient individuelle et aliénable; et la capacité des femmes *ex jure* reste entière, dans cet état de choses, elles sont pouvoir dissiper leur patrimoine. La tutelle fut alors inventée pour conjurer ce résultat qui serait

1. M. Labbé. *Nouvelle revue historique*, 1887, p. 4.

funeste pour la constitution politique de Rome, de même qu'on séparait le mariage et la *manus* parce qu'on craignait que les femmes en entrant dans une nouvelle famille n'y apportent des biens provenant de l'ancienne. C'est aussi à la même époque que dut s'établir la curatelle des fous et des prodigues ; on voulait sauvegarder le patrimoine familial, il fallait mettre un frein aux dilapidations de ceux qui auraient pu le compromettre. Le législateur ne s'occupe pas des hommes en principe ; il suppose qu'il ont assez de force et de réflexion pour résister aux entraînements et pour veiller avec soin à la prospérité de leur famille en y conservant la fortune ; cependant il prévoit que certains d'entre eux pourront manquer à leurs devoirs, ce sont ceux-là qui seront mis en curatelle lorsqu'ils auront été reconnus fous ou prodigues. Pour les femmes, la règle est absolument contraire ; on se défie de leur légèreté, de leur inexpérience, et on les déclare incapables avant qu'elles n'aient fait preuve d'incapacité. Nous ne retrouvons même pas ici une exception analogue à celle que nous avons signalée ci-dessus à propos des hommes ; une femme qui aurait montré des qualités d'administrateur habile et qui serait rompue aux affaires ne serait pas soustraite à l'incapacité commune ; toutes les femmes nubiles *sui juris* sont en tutelle et elles le sont pour toujours (1). Il est assez

1. Il n'y a d'exception que pour les Vestales, voir *infra*.

difficile de préciser la date de la création de la tutelle perpétuelle des femmes, mais cette institution était en pleine vigueur au moment de la promulgation des XII Tables. La tutelle perpétuelle des femmes pubères a existé pendant longtemps à Rome, mais elle n'a pas toujours eu le même caractère et la même importance à toutes les époques. Nous allons étudier l'évolution historique de la tutelle en comparant les pouvoirs du tuteur aux diverses périodes.

Dès sa création la tutelle a été un pouvoir conférant à celui qui la possédait des droits fort étendus, qui se sont d'abord transformés, ne laissant plus au tuteur que le droit de donner une autorisation dans certains actes; plus tard l'autorisation elle-même est devenue une simple formalité jusqu'au moment où la tutelle a complètement disparu.

CHAPITRE II

ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA TUTELLE DES FEMMES.

SECTION I

Pouvoir absolu du tuteur.

A l'époque où la tutelle des femmes a été créée, le pouvoir des tuteurs était très étendu ; l'institution nouvelle répondait à de réels besoins, elle fut solidement organisée, et c'est surtout à ce moment qu'il est vrai de définir la tutelle : *vis ac potestas*. Quelle était au juste l'étendue de cette puissance ? Les tuteurs étaient-ils libres de gérer le patrimoine des femmes et d'en disposer, comme s'ils étaient les véritables propriétaires ? Cette théorie a été soutenue et on a invoqué à l'appui plusieurs raisons.

A l'époque où nous nous plaçons, antérieurement à la loi des XII Tables, tous les actes de la vie civile sont personnels et ne peuvent être faits que par l'intéressé ; la propriété ne peut se transmettre que par

des modes solennels, la mancipation ou l'*in jure cessio*, et personne ne peut se présenter devant le magistrat pour autrui : *Nemo potest lege agere alieno nomine*. Or, le tuteur ne représente pas la femme qui est sa pupille, il n'aurait pas le pouvoir d'intenter en son nom une revendication contre celui qui retiendrait un bien appartenant à la femme : si le tuteur n'est pas propriétaire des biens, ce patrimoine qu'on avait voulu protéger pourra être dilapidé sans que le tuteur puisse s'y opposer.

A l'appui de ce système, on invoque le fragment 55, § 1, au Digeste, *de administratione et periculo tutorum*, lib. XXVI, tit. VII, qui s'exprime ainsi : « *Sed tutores, propter admissam administrationem, non tam invito domino contrectare eam (rem) videntur, quam perfide agere.* » Les tuteurs qui ont volé la chose du pupille semblent plutôt, à raison même des pouvoirs dont ils sont munis, agir avec déloyauté que détourner la chose du propriétaire malgré lui.

L'on ajoute : il est resté de nombreuses traces de cette idée que les tuteurs étaient à l'origine propriétaires des biens dont ils avaient la garde (dans un fragment d'Ulpien 157, lib. L, tit. XVII, au Digeste), le jurisconsulte assimile dans un cas particulier l'ordre des maîtres à celui des tuteurs *qui vice dominorum sunt*.

Nous ferons à cette théorie deux objections. En pre

mier lieu, on peut demander par quel acte le tuteur devient propriétaire ; les anciens Romains étaient très formalistes : à chaque fait juridique correspondait une formule qui précisait avec le plus grand soin les effets produits. Or, dans la délation de la tutelle par la loi, ou par un testament, formes qui existent seules à l'époque que nous considérons, nous ne voyons rien qui indique clairement l'attribution de la propriété au tuteur. La difficulté se retrouve lorsqu'on considère un changement de tuteur, et que l'on veut expliquer comment la propriété passe de l'ancien au nouveau.

La seconde objection est tirée de cette idée que les anciens Romains ont cherché à assurer la conservation des biens dans les familles ; n'y aurait-il pas eu une grave dérogation au principe dans l'attribution de la propriété aux tuteurs, à une époque où les biens les plus précieux étaient inaliénables, non plus en droit, mais en fait ? Nous ne parlons que des biens précieux, et par là nous entendons les *res Mancipi* ; car les objections présentées au système de la propriété des tuteurs ne frappent pas lorsque l'on considère seulement la partie du patrimoine formée par les *res nec Mancipi*. En effet, la propriété de ces biens se transmet par simple tradition ; le possesseur en est le propriétaire, il n'est pas besoin de formes solennelles pour attribuer un droit absolu au tuteur ; en outre, on ne s'attache pas à la conservation de ces biens dans le

patrimoine, ce sont des objets de peu de valeur, dépréciables, nullement indispensables à la vie. Nous croyons qu'il faut résoudre cette question par la distinction des *res nec Mancipi* et des *res Mancipi*. Le tuteur est propriétaire des premières, il n'a pas le même droit sur les autres ; mais il a sur elles des pouvoirs fort étendus qui comprennent notamment l'administration (1) ; il n'est pas *dominus*, mais *loco domini*.

Il n'y avait pas à craindre que le tuteur abusât de son pouvoir ; car si, en droit, il n'était pas responsable pécuniairement de ses délits ou de ses fautes, il était sous l'autorité du censeur qui surveillait son administration et il était soumis à une action pénale de *rationibus distrahendis* ; la femme possédait cette action aussi bien que le pupille, et si plus tard elle n'a pas d'action dérivant de la tutelle c'est que son tuteur n'administre plus les biens, c'est qu'il y a eu un profond changement dans l'institution. Ici nous entrons dans la partie la plus difficile de notre explication : en se basant sur les principes absolument différents qui régissent les deux espèces de tutelles, on va nous opposer que nous avons à tort accordé des pouvoirs très étendus au tuteur de la femme comme à celui de l'impubère.

1. Accarias, t. I, p. 353, n. 365¹.

Nous répondrons qu'il était dans la nature même des choses que ces deux institutions identiques se développent d'une façon différente. D'un côté les impubères sont naturellement incapables, il fallait leur continuer une protection efficace et on a dû laisser l'administration des biens aux tuteurs, à aucune époque du droit romain on n'a songé à élargir leur capacité; les pouvoirs des tuteurs ont été restreints par l'*oratio Severi*, mais les pupilles sont toujours restées incapables. D'un autre côté, les femmes nubiles, nous ne parlons que de celles-là bien entendu, étaient frappées d'une incapacité artificielle; il devait se faire une réaction, elle eut lieu, on commença par donner aux femmes l'administration de leurs biens, on sauvegardait ainsi l'intérêt de la famille tout en satisfaisant l'équité. Cette première concession une fois faite, d'autres suivirent de près, la tutelle des femmes devint de moins en moins une mesure sérieuse jusqu'au moment où elle disparut, tandis que la tutelle des impubères subsistait toujours.

SECTION II

Pouvoir restreint du tuteur.

Cette période où le tuteur ne gère plus les biens de la femme et donne seulement son *auctoritas* dans

certaines actes nous est bien connue; les principes sont plus sûrs, car nous avons des textes précis.

La règle est que la femme peut faire seule tous les actes, sauf ceux expressément prévus et pour lesquels elle a besoin de l'*auctoritas tutoris*. Les cas exceptionnels où la femme doit recourir à son tuteur pour agir valablement sont énumérés par Ulpien. *Regulæ*, tit. XI, § 27 : « *Si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si negotium civile gerant, si liberæ suæ permittant in contubernio alieni servi morari, si rem Mancipi alienent.* » Il ressort de ce paragraphe que la femme a capacité pour administrer seule ses biens, le tuteur n'a pas la *negotiorum gestio*.

La femme ne pouvant seule exercer une action de la loi et plus tard paraître dans un *iudicium legitimum*, il en résulte comme conséquence qu'elle devait se munir de l'*auctoritas* de son tuteur pour faire une *in jure cessio* ou une *manumissio vindicta*. Le tuteur doit *interponere auctoritatem* lorsque la femme aliène une *res Mancipi* ou contracte une obligation ayant pour objet des choses de cette nature; ces biens sont les plus précieux de tous, et il importe de ne pas les aliéner à la légère : Ulpien XIX, 1 ; Gaïus, II, 15. Comme conséquence la femme ne peut laisser usucapier ses biens patrimoniaux, ni passer sous la *manus* de son mari ou d'un tiers sans l'*auctoritas* du tuteur.

Il faut remarquer que l'expression *negotium civile gerere* est fort large, et l'obligation de recourir au tuteur existe notamment lorsque la femme veut faire un testament, se donner *in manum* au moyen de la *coemptio*, faire une addition d'hérédité, une acceptilation (1).

Dans cette énumération d'ailleurs simplement énonciative nous avons omis à dessein la constitution d'une dot. Nous avons vu qu'à une certaine époque les femmes nubiles mais mineures de vingt-cinq ans peuvent avoir à la fois un tuteur et un curateur. En présence de textes contradictoires la question se pose de savoir si la constitution de dot doit avoir lieu avec l'*auctoritas* du tuteur ou avec le *consensus* du curateur ; selon la solution adoptée la femme majeure de vingt-cinq ans pourra se constituer seule une dot ou devra avoir recours à son tuteur pour accomplir cet acte.

Deux textes semblent indiquer que le *consensus* du curateur suffira, c'est d'abord un passage de Celse, lib. 11, *Digestorum*, qui forme aux Pandectes de Justinien la loi 60 du livre XXIII, tit. III, *De jure dotium* : « *Quæro, quantæ pecuniæ dotem promittendi adultæ mulieri curator, consensum accomodare debeat ?* » Je cherche pour quelle somme un curateur devra donner son consentement à une femme adulte qui veut

1. Code l.b. VIII, tit. XLIV, Const. 1^{re}.

promettre une dot. L'autre texte aussi formel est la loi 7 au Digeste, lib. XXVI, titre V, *De tutoribus et curatoribus datis*, extraite d'un ouvrage d'Ulpien : « *Non tantum ad dotem dandam nupturæ curatorem dari oportet, verum etiam ei quoque quæ jam nupta est ; sed et ad dotem augendam datur, et mutandæ quoque dotis gratia curator dari potest.* » Ce n'est pas seulement la femme sur le point de se marier qui doit avoir un curateur pour donner une dot, mais encore celle qui est déjà mariée ; il faut encore un curateur pour la femme qui veut augmenter la dot ou la changer.

Ces deux textes semblent bien clairs, et s'ils étaient seuls il faudrait décider que la constitution de dot peut être faite par une femme sans l'*auctoritas* de son tuteur.

La dot peut être constituée de trois manières différentes : par *promissio*, par *dictio*, par *datio*. La *promissio* se fait sous la forme d'une stipulation ; c'est, comme la *dictio*, un acte solennel exigeant pour son accomplissement la prononciation des *civilia verba*. Dans ces conditions, il peut paraître étrange que pour *promittere* ou pour *dicere dotem*, la femme n'ait besoin que du *consensus* de son curateur, il y a pourtant bien là un acte qui rentre dans l'expression d'Ulpien : *civile negotium*. La contradiction n'est qu'apparente, et on en trouvera facilement la raison en remar-

quant que les textes précités de Celse et d'Ulpien ne nous sont pas parvenus directement ; ils nous ont été transmis par Justinien, recopiés par des compilateurs qui, ne connaissant plus la tutelle des femmes pubères, ont supprimé les mots qui rappelaient cette ancienne institution et ont remplacé *tutor* par *curator*, *auctoritas* par *consensus*.

L'explication que nous donnons est plausible et suffirait à elle seule à nous convaincre ; mais elle est confirmée par tous les textes qui, sur cette question, nous sont parvenus dans leur originalité. C'est d'abord le § 178 du Comm. I de Gaius : « *Itemque lege Julia de maritandis ordinibus, ei quæ in legitima tutela papilli sit, permittitur dotis constituendæ gratia a prætore urbano tutorem petere.* » Le jurisconsulte pense que la femme qui veut se constituer une dot doit demander un tuteur, et non un curateur, lorsque son tuteur légitime ne peut pas donner son *auctoritas*. Nous remarquerons que Gaius parle, en général, de *constituere dotem*, sans faire de distinction entre les divers modes de constitution.

Dans le même sens, Ulpien, *Regulæ*, tit. XI, §§ 20 et 21, dit que la présence d'un tuteur est nécessaire pour une constitution de dot, et tout en s'exprimant d'une façon générale, il précise davantage que Gaius : « *Ex lege Julia de maritandis ordinibus, tutor* »
« *datur a prætore urbis ei mulieri virginive quam*

« *ex hac ipsa lege nubere oportet, ad dotem dan-*
« *dam, dicendam promittendamne, si legitimum*
« *tutorem pupillum habeat.* » En présence de ces
textes, on est obligé de convenir que la constitution
de dot est un acte pour lequel l'*auctoritas* du tuteur
doit nécessairement intervenir; néanmoins la question
présentée d'une façon générale ne devrait pas être
résolue sans distinction. En effet, il nous est parvenu
un texte de Paul, fragm. Vatic. § 110, ainsi conçu :
« *Paulus respondit etiam post nuptias copulatas*
« *dotem promitti vel dari posse; sed non curatore*
« *præsente promitti debere, sed tutore auctore.* »
Le jurisconsulte décide d'abord que même après le
mariage, on peut, soit promettre, soit donner une dot ;
puis examinant la question de savoir quel concours
sera nécessaire à la femme pour accomplir ces actes,
il ne parle plus que de la *promissio*. Tout d'abord, je
crois qu'il faut assimiler absolument la *promissio* et la
dictio; ce sont deux actes solennels pour lesquels
existent les mêmes raisons de décider. Quant à la
datio, il faut faire une distinction et considérer quel
est son objet. Si ce sont des *res Mancipi*, l'*auctoritas*
du tuteur devra nécessairement intervenir; si ce sont
des *res nec Mancipi*, la femme pourra valablement
agir seule. La présence du tuteur est exigée, non
parce qu'il s'agit de *negotium civile gerere* comme
dans la *dictio* ou la *promissio*, mais parce qu'il y a

aliénation d'une *res Mancipi*, et que ce cas est aussi expressément prévu.

Sauf les restrictions portées au texte précité des *Regulæ* d'Ulpien, la femme est capable ; elle peut notamment se marier librement, car le tuteur ne s'occupe que des biens, il est chargé d'aider la femme des conseils de son expérience dans l'accomplissement des actes ; il est plus apte, avec la *gravitas* du citoyen romain, à apprécier les conséquences des actes juridiques et à veiller à l'exécution rigoureuse des formes. Là s'arrête son pouvoir et la femme est maîtresse de sa personne.

Même dans les circonstances où l'*auctoritas* du tuteur est nécessaire, la femme comparaît ; elle prononce elle-même les paroles et accomplit les rites, le tuteur est présent et dit : *auctor fio* en réponse à l'interrogation : *auctorne fis ?*

Le sens primitif du mot *auctor* est celui de garant ; ainsi dans une vente, le vendeur qui doit garantie à son acheteur, si celui-ci subit l'éviction de la chose vendue, *est auctor* à l'égard de l'acquéreur. Dans la *præstatio auctoritatis* le tuteur est garant que l'acte est régulier, fait en conformité des intérêts de la femme ; le tuteur par son intervention assure le cocontractant de la femme que l'acte ne sera pas rescindé.

La présence effective du tuteur est nécessaire, les intérêts de la femme sont ainsi plus sûrement sauve-

gardés; l'*auctoritas* intervenue après coup n'aurait aucun effet et ne vaudrait même pas comme ratification : Gaius, lib. XII, *ad edictum provinciale*, loi 9, § 5, au Digeste, lib. XXVI, tit. VIII. Après la disparition des formes solennelles de l'interrogation et de la réponse, la présence du tuteur à l'acte est restée la seule condition indispensable de la validité de l'*auctoritas*.

A l'époque où le pouvoir du tuteur est réel, il faut distinguer nettement l'*auctoritas tutoris* du *consensus curatoris*; ce dernier n'est qu'un avis donné par le curateur qui estime que l'acte à accomplir ne lèse pas les intérêts du mineur, c'est une précaution prise par le cocontractant pour tâcher d'éviter l'*in integrum restitutio*. Le *consensus* est donné à un individu capable, l'*auctoritas* au contraire intervient en faveur d'une personne incapable et pour valider un acte qui sans elle n'existerait pas. De plus l'*auctoritas* est soumise à des formes solennelles.

Telle était la situation des femmes vers le milieu de la République au moment où les mœurs étaient encore sévères, au moment où la tutelle était un pouvoir entre les mains du tuteur qui agissait par sa seule volonté : les femmes administraient leurs biens, mais pour accomplir certains actes importants limitativement déterminés elle ne pouvaient agir que *cum tutore auctore*.

SECTION III

Pouvoir nominal du tuteur.

Avant la fin de la République, Cicéron pouvait déjà dire en parlant de la tutelle des femmes pubères :
« *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii,*
« *maiores in tutorum potestate esse voluerunt; hi*
« *invenerunt genera tutorum quæ potestate mulie-*
« *rum continerentur.* » *Pro Murena*, XII, § 17. À ce moment, en effet, la puissance tutélaire n'était plus sérieuse dans bien des cas.

C'est que la tutelle des femmes avait été imaginée pour conserver la forte constitution de la famille, pour empêcher les biens de se disperser; on avait craint que la femme soustraite par son mariage à sa famille d'origine ne diminuât son patrimoine au profit des membres de sa nouvelle famille. Là sont les vraies raisons de cette institution, les motifs donnés par Gaïus et par Ulpien sont spécieux. Aussi lorsque les mœurs changèrent à Rome, lorsque la famille fut désunie, les mesures inventées autrefois devinrent inutiles et tombèrent en désuétude.

À l'époque de Gaïus la femme qui se heurte à la résistance de son tuteur peut avoir recours au préteur : « *Sæpe etiam invitus (tutor) auctor fieri a*

« *prætorē cogitur.* » D'ailleurs les femmes s'arrangent de façon à avoir des tuteurs complaisants ; celles qui sont sous une tutelle autre que celle de leurs agnats ou d'un patron peuvent changer de tuteur, elles se font manciper par leur tuteur à un tiers qui les remancipe à son tour à une autre personne qui les affranchit et devient leur tuteur ; ce dernier était choisi de façon à ce qu'il fût à la discrétion de la femme. Cette opération est la *coemptio tutelæ mutandæ causæ*.

Si l'on considère que d'un côté la femme choisit son tuteur, et que d'un autre le tuteur n'est plus maître de donner ou de refuser son *auctoritas*, on se rend compte que l'institution est bien vieillie et n'est plus d'accord avec les mœurs. Cependant Gaius lui-même, après avoir dit qu'en son temps les tuteurs sont souvent forcés par le magistrat à donner leur *auctoritas*, ajoute qu'il existe encore des tutelles qui conservent quelque force ; ce sont les tutelles légitimes des patrons et des ascendants émancipateurs. Les tuteurs de cette espèce ne peuvent être contraints de donner leur *auctoritas* pour l'aliénation d'une *res Mancipi*, ou pour l'engagement à une obligation que s'il doit en résulter un grand avantage pour la femme.

D'ailleurs, à l'époque de Gaius il n'était plus vrai de dire que toutes les femmes étaient en tutelle ; en l'an 762, U. C., les lois Julia et Pappia Poppæa avaient déclaré libres de toute tutelle autre que celle du patron

ou de ses enfants les femmes jouissant du *jus liberorum*, de sorte que les ingénues, mères de trois enfants et les affranchies mères de quatre enfants n'avaient pas de tuteur : Gaius, Comm. I, § 194. La *lex Claudia* supprima la tutelle légitime des agnats et décida qu'à l'avenir les femmes susceptibles de tomber sous une tutelle de ce genre seraient pourvues d'un tuteur nommé par le magistrat. Accarias, t. I, p. 352 et 353.

Peu à peu, la tutelle perpétuelle tomba en désuétude sans qu'aucune abrogation expresse intervint. Les dernières traces nous en apparaissent dans une Constitution de Dioclétien et de Constance en 293 après Jésus-Christ. Fragm. Vatic., § 325.

Sous Justinien, il n'est plus aucunement question de la tutelle des femmes, et les compilateurs s'attachent à faire disparaître toutes les décisions qui se rapportent à cette matière.

CHAPITRE III

ATTRIBUTION DE LA TUTELLE.

On distinguait diverses sortes de tutelle selon que la désignation était faite par telle ou telle autorité. Lorsque la tutelle est attribuée à une personne par la loi, elle s'appelle légitime ; si elle existe en vertu d'un testament, c'est la tutelle testamentaire. La tutelle est dite fiduciaire lorsqu'elle s'établit en vertu d'un contrat de fiducie et qu'elle ne descend pas directement de la loi des XII Tables ; enfin il existe encore la tutelle dative, c'est-à-dire celle qui est déférée par le magistrat.

SECTION I

Tutelle légitime.

Les tuteurs légitimes sont ceux à l'égard desquels la tutelle a toujours eu le plus de force ; elle est dévolue à ceux qui sont les héritiers *ab intestat* de la femme.

On voit d'après les raisons avec lesquelles nous

avons justifié notre institution que la tutelle la plus importante est la tutelle légitime ; toute femme est soumise à cette tutelle lorsqu'il existe des appelés.

Il n'importe que la femme ait ou n'ait pas de biens ; elle a toujours un tuteur, car elle possède un patrimoine qui est, selon la définition qu'on en a si justement donnée, la personnalité humaine dans ses rapports pécuniaires.

La tutelle légitime est, comme nous l'avons dit, un véritable droit pour le tuteur qui peut en disposer à son gré, la garder pour lui ou la céder à un tiers ; cette tutelle se transmet comme tout autre bien. La femme peut avoir pour tuteur légitime un individu incapable tel qu'un impubère, un muet ou un sourd ; le tuteur incapable ne pourra pas *auctoritatem interponere* et la femme devra se faire nommer un tuteur *ad hoc* lorsqu'elle aura besoin d'accomplir un des actes qu'elle ne peut pas faire seule.

La femme qui devient *sui juris* par la mort de son *paterfamilias*, tombe sous la tutelle légitime de ses agnats.

Les agnats d'une personne étaient ceux de ses parents qui étaient soumis à la même *patria potestas* que lui-même ou qui l'auraient été si l'ancêtre commun avait encore été en vie : Muirhead, *Introduction historique au droit privé de Rome*, trad. Bourcart, p. 441. La femme se trouvera en général sous la tutelle

de ses fils, de ses frères ou de ses oncles. Cette tutelle des agnats qui avait une importance considérable fut supprimée, en tant que tutelle légitime, par l'empereur Claude en 798 U. C.

A défaut d'agnats la femme est sous la tutelle de ses *gentiles*. Les auteurs discutent la question de savoir ce que sont les *gentiles*; sans vouloir l'élucider ici, nous admettons la définition de la *gentilitas*, telle qu'elle est rapportée par Cicéron (Topic. 6), d'après le pontife Scévola : sont *gentiles* entre elles toutes les personnes qui portant le même nom sont nées de personnes ingénues, ne comptent parmi leurs ancêtres que des ingénus et n'ont pas subi de *capitis deminutio*. D'ailleurs quelle que soit la définition que l'on adopte, il faut admettre que tous les *gentiles*, les individus de la même *gens* descendent d'un auteur commun. Il n'est pas douteux que ces *gentiles* aient vocation à la tutelle légitime à défaut d'agnats. Cela résulte d'un passage de Gaius, Comm. III, § 17, où le jurisconsulte nous apprend qu'à défaut d'agnats, les *gentiles* sont appelés à la succession; comme nous savons que la tutelle est un bien qui se transmet selon les mêmes règles qu'une hérédité, nous devons conclure à la vocation des *gentiles*. D'ailleurs, Gaius, dans le passage précité, renvoie pour les explications sur la *gentilitas* à son premier Commentaire; en s'y reportant, on n'y retrouve pas l'exposé annoncé, mais on

remarque une lacune importante entre la tutelle légitime des agnats et celle des patrons; c'est certainement dans ce passage qui nous manque que Gaius traitait à la fois de la *gentilitas* en général et de la tutelle légitime des *gentiles* en particulier. Une autre raison d'analogie pourrait être invoquée et tirée de ce que la loi des XII Tables décide qu'à défaut d'agnats la curatelle des fous est déferée aux *gentiles*. Enfin, tous les doutes ont été levés par la découverte de la table relatant la *laudatio funebris Turiae* (1); cet éloge funèbre d'une femme par son mari fut prononcé entre 746 et 752 de Rome; il y est fait expressément allusion à la tutelle des *gentiles*.

L'existence de cette tutelle est bien certaine, mais on discute la question de savoir si le pouvoir des *gentiles* n'était pas restreint aux biens recueillis *ab intestat* d'un ascendant; pour nous, rien ne justifie cette limitation et nous pensons que la tutelle légitime est générale, qu'elle appartienne aux agnats ou aux *gentiles*.

L'affranchie n'a ni agnats ni *gentiles*; elle se trouve néanmoins sous une tutelle légitime qui appartiendra à son patron, puis aux enfants de son patron. Ceux-ci peuvent être incapables, ils n'en seront pas moins tuteurs légitimes, et la femme qui aura besoin de l'*auc-*

. 1. Girard, *Textes de droit romain*, p. 701 et 702.

toritas devra se faire donner un tuteur par le magistrat.

La dernière tutelle légitime est celle de l'ascendant émancipateur ; si l'on suivait la rigueur des principes, nous nous trouverions en présence d'une tutelle fiduciaire, car la fille aura été émancipée à la suite d'un contrat de fiducie ; mais par considération pour l'ascendant on n'a pas voulu que le patron ait une tutelle préférable à la sienne. C'est que la tutelle légitime est, non une fonction mais une propriété ; elle peut être revendiquée, cédée *in jure* ; elle appartient à tous les ayants-droit comme une succession qui leur serait échue en commun ; enfin elle s'éteint par la *capitis minutio minima* du tuteur.

SECTION II

Tutelle testamentaire.

Le *paterfamilias* peut dans son testament désigner un tuteur à sa fille qui va devenir *sui juris* par sa mort ; ce tuteur sera préféré aux tuteurs légitimes. Certains auteurs invoquent cet argument pour soutenir que la tutelle perpétuelle n'a pas pour principal objet de protéger les biens patrimoniaux ; l'objection ne nous arrête pas, et nous estimons que la loi qui accordait des pouvoirs si étendus au *paterfamilias* pouvait

lui donner le droit de nommer un tuteur à sa fille ; la désignation du *paterfamilias* n'était pas faite aveuglément, et les intérêts qu'on voulait défendre sont aussi sûrement gardés par le tuteur investi par le chef de la famille que par les agnats héritiers présomptifs de la femme.

Parmi les tuteurs testamentaires il faut ranger les tuteurs optifs. L'*optivus tutor* était choisi par la femme elle-même lorsque son *paterfamilias* lui avait légué cette faculté ; l'*optio tutoris* existait de très bonne heure, on la connaissait déjà en 557 U. C. : Tite-Live, lib. XXXIX, § 19.

L'*optio tutoris* peut être donnée à la femme, soit pour tous les actes qui exigent l'*auctoritas tutoris*, soit pour quelques-uns seulement. En outre, elle est *plena* ou *augusta*, selon que la femme est autorisée à choisir un tuteur chaque fois qu'elle accomplira un des actes visés au testament, ou qu'elle n'est autorisée à l'*optio* que pour un nombre déterminé de fois : Gaius, Comm. I, §§ 150 et suiv.

SECTION III

Tutelle fiduciaire.

Le tuteur fiduciaire est, selon la définition d'Ulpien, celui qui a affranchi une personne libre qui lui avait

été mancipée par son *paterfamilias* ou par un *coemptior*. Ulpien, Reg. XI, § 5. En appliquant cette proposition à notre sujet, nous dirons que le tuteur fiduciaire d'une femme est celui qui, l'ayant *in mancipio*, l'a affranchie. Par exception, lorsque dans une émancipation, l'affranchissement définitif est fait par un ascendant, celui-ci est non pas tuteur fiduciaire d'après les principes, mais tuteur légitime. La raison de cette anomalie nous est rapportée par Gaius, Comm. I, § 172, qui dit qu'on n'a pas voulu moins honorer l'ascendant émancipateur que le patron.

Le tuteur fiduciaire s'appelle ainsi parce que le plus souvent l'acte à la suite duquel il devenait tuteur, c'est-à-dire l'émancipation, intervenait en exécution d'un contrat de fiducie. Le tuteur fiduciaire est souvent choisi par la femme elle-même (Gaius, Comm. I, § 115). La femme qui n'est pas sous la tutelle légitime de ses agnats ou d'un patron peut changer de tuteur à sa volonté : elle n'a qu'à se faire manciper par son tuteur à un tiers qui la rémancipera lui-même à une autre personne désignée ; cette dernière affranchira la femme et deviendra son tuteur fiduciaire. Cette opération est un détour imaginé par les jurisconsultes pour éluder l'institution de la tutelle perpétuelle au moment où elle commençait à ne plus être en harmonie avec les mœurs : Le tuteur fiduciaire ainsi choisi né pouvait être qu'un tuteur complaisant.

Les auteurs dévoués n'avaient pas le droit, bien qu'il y ait eu controverse sur ce point, de cacher la vérité : la raison en est qu'ils se sont eux-mêmes offerts à supporter cette charge (Gauss, *l'ouv.* I, p. 112).

NOTES IV

THÈME JAUNE.

Le thème jaune est une composition formée qui le'sa pas de l'air, en qui a un nombre impaire à l'essai d'accomplir un acte nécessaire. Thématisant, il y a un acte bien à la réalisation d'un thème par le sujet. L'homme qui le réalise a un nombre impaire, mais qu'il n'a pas de lui-même, et par lequel le thème est réalisé. Il est par suite il ne peut *proposer d'accomplir*.

Cette méthode est recommandée pour Rome par son caractère qui se place entre l'année 287 et l'année 297 U. C., précédemment en 415, et pour les périodes qui la de June. Elle consiste en 728 U. C.

APPENDICE

Une seule exception a été faite de tout temps à la tutelle perpétuelle des femme pubères; elle existait en faveur de Vestales qui à de nombreux points de vue étaient soustraites au droit commun. De même que la Vestale était dès sa consécration affranchie de la puissance paternelle, elle était également soustraite à la tutelle perpétuelle. Cette exception confirme absolument le système que nous avons soutenu sur les raisons qui ont motivé notre institution. Il n'y avait pas à craindre de la part de la Vestale de dilapidation de patrimoine, aussi est-elle affranchie de toute mesure restrictive de sa personnalité.

CONCLUSION

La disparition de la tutelle perpétuelle des femmes pubères ne les laissa pas pleinement capables.

En effet, dès l'année 46 de notre ère, alors que la tutelle perpétuelle existait encore, au moins nominativement, le sénatusconsulte Velléien avait interdit aux femmes d'*intercedere pro alio*. Cette prohibition est une conséquence du principe que nous avons reconnu dominer la condition de la femme à Rome, à savoir que tout *officium virile*, tout acte qui pouvait donner à la femme une influence en dehors de la famille lui était absolument interdit.

Intercedere cela veut dire s'immiscer dans les affaires d'autrui, et il y a dans ce fait une extension du rôle de la femme contre laquelle toutes les lois romaines se sont élevées. Certains textes disent bien que le sénatusconsulte a été rendu dans l'intérêt des femmes qui, peu aptes aux affaires, compromettraient leur patrimoine par des intercessions inconsidérées :
« *Verba itaque senatusconsulti excutiamus, prius*
« *providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem*

« *tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem mul-*
« *tis hujuscemodi casibus suppositis atque objectis.*
« *Sed ita demum iis subvenit, si non callide sint ver-*
« *satæ. Hoc enim Divus pius et Severus rescripse-*
« *runt ; nam deceptis, non decipientibus opitula-*
« *tur* ». L. 2, §§ 2 et 3 au Digeste, lib. XVI, tit. I,
ad senatus consultum Velleianum.

Cependant, telle ne nous paraît pas être la raison qui a fait voter le sénatusconsulte Velléen ; il a pu devenir pour les femmes un moyen de protection, mais à l'origine il a été une mesure de défiance prise contre elles. La tutelle commençait à perdre beaucoup de son efficacité, l'influence des femmes augmentait, le sénatusconsulte a été rendu en vertu du principe, admis à Rome et souvent invoqué par les auteurs, qu'il n'était pas juste que les femmes pussent avoir la capacité de faire les actes qui ne leur étaient pas strictement personnels, qui leur auraient donné un rôle en dehors de la *domus*.

Pour que la prohibition du sénatusconsulte Velléen puisse s'appliquer, il faut que la femme s'oblige, et pour voir si cette condition est remplie on doit considérer l'acte en lui-même et non son apparence. S'il y a aliénation pure et simple, la femme n'est pas protégée ; ce qu'on a voulu lui interdire c'est de prendre des engagements de la gravité desquels elle ne se rendrait pas suffisamment compte ; le législateur a pensé qu'elle

était assez prèmunie contre les aliénations par le dépouillement immédiat de la propriété.

Il faut, en second lieu, que la femme ait agi dans l'intérêt d'autrui ; souvent il est difficile de le déterminer, le Digeste nous fournit l'exemple d'un cas où il pouvait y avoir doute et où l'on décide que la femme n'a pas fait une *intercessio* prohibée parce qu'elle a contracté une obligation dans son seul intérêt (XVI, I, 8, § 1).

Enfin il faut que la femme n'ait pas agi *donandi animo*.

Les deux dernières conditions semblent s'exclure ; on peut penser que si la femme n'a pas agi dans son propre intérêt, elle aura voulu gratifier un tiers. Il n'en est rien, il y a des cas où la femme s'engage en espérant que le débiteur principal paiera et qu'elle sera libérée, le sénatusconsulte intervient lorsque ce calcul est trompé pour éviter à la femme le dommage que lui ferait éprouver son intercession inconsidérée.

Non-seulement la femme pourra opposer au créancier l'exception du sénatusconsulte Velléien, mais encore elle pourra répéter ce qu'elle aurait payé dans l'ignorance du secours que lui accordait la loi (D. XII, VI, 26, § 3, 40) ; néanmoins si le paiement a eu lieu à titre de dot la femme ne peut répéter ce qu'elle a ainsi payé (D. XII, VI, 32, § 2).

Dans certains cas, l'*intercessio* a une juste cause et le sénatusconsulte ne s'applique pas (D. XL, XII, fg., 3, §§ 2 et 3).

Il cesse aussi en cas de dol de la femme : *Decipientibus mulieribus senatusconsultum auxilio non est. Infirmetas enim feminarum, non calliditas auxilium dedit.*

Une question fort controversée est celle de savoir si la femme peut renoncer au bénéfice du sénatusconsulte Velléen ; divers textes sont invoqués pour soutenir que la femme est libre de refuser la protection du sénatusconsulte ; néanmoins, il est difficile de croire que la prohibition aussitôt établie, on ait placé à côté un moyen de l'enfreindre ; toutes les femmes eussent en intercédant renoncé au bénéfice du sénatusconsulte qui serait resté lettre morte : Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*.

Le sénatusconsulte Velléen a subsisté jusqu'à la fin du droit romain ; c'est la dernière manifestation de la défiance que les jurisconsultes avaient témoignée aux femmes, les resserrant toujours dans les limites de la famille et ne leur permettant pas d'acquérir au dehors une influence quelconque.

La *manus*, la tutelle perpétuelle, le sénatusconsulte Velléen ont été inspirés par la même idée : faire à la femme une condition inférieure à celle de l'homme, et c'est ainsi que Papinien visant non-seulement ces trois

principales incapacités, mais encore beaucoup d'autres moins importantes, a pu dire : « *In multis juris nostri*
« *articulis deterior est conditio feminarum quam*
« *masculorum.* » L. 9, au Digeste, lib. I, tit. V, *De*
statu hominum.

DROIT FRANÇAIS

DE LA DÉCHÉANCE ET DES RESTRICTIONS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

INTRODUCTION

ANCIEN DROIT.

La puissance paternelle qui appartient chez nous aux parents sur leurs enfants diffère profondément de la *patria potestas* du droit romain. Celle-ci était fondée sur le droit du père, sur son droit de propriété; elle subsistait tant que le père était capable d'avoir

des droits. Notre puissance paternelle est fondée sur l'intérêt de l'enfant, le père placé près de son fils à la naissance est naturellement désigné pour lui servir de protecteur, la loi confirme cette désignation de la nature ; mais l'autorité du père cesse dès que sa protection n'est plus utile, à la majorité de l'enfant. Il subsiste des obligations entre eux, notamment le fils doit à tout âge respecter et honorer ses parents, ce n'est pas trop d'exiger qu'il soit toute sa vie reconnaissant à ceux qui lui ont donné l'existence et l'éducation. Ces devoirs du fils relèvent plutôt de la morale que de la loi ; en tous cas, ils ne constituent plus la puissance paternelle.

L'autorité du père pendant la première période de la vie existe parce que l'enfant est trop faible, parce qu'il ne peut pas seul acquérir l'éducation qui lui permettra de se diriger plus tard et de fonder à son tour une famille. La loi a pensé que ce père, qui aime ses enfants, sera le plus apte à leur donner d'utiles conseils et de bons exemples ; il est désirable que l'éducation se fasse au foyer domestique, la tendresse du père éclairera ses avis, l'honnêteté du milieu influera d'une façon favorable sur les premiers sentiments de l'enfant. C'est une noble mission pour le père que celle de former ses enfants au bien ; il a le devoir de le faire, il en a aussi le droit et c'est un honneur dont on ne doit le priver que le plus rarement possible.

Mais il y a, hélas ! de mauvais pères qui se soucient bien peu de l'avenir de leurs enfants, qui les laissent s'élever tout seuls, abandonnant au hasard le soin de les mener dans la voie du bien où ils ont le devoir de les guider ; il y a pis encore, les pères coupables qui, non contents d'être en révolte contre les lois de la morale et de la société, cherchent encore à donner à leurs enfants les mêmes habitudes pour s'en faire au besoin des aides et des complices.

Il importe à la société de prévoir ces maux et d'y apporter remède. L'utilité des lois, c'est l'égalité pour tous, le faible pouvant faire respecter ses droits aussi bien que le fort.

La protection de ceux qui ne peuvent se défendre eux-mêmes est le premier devoir de la société ; et, lorsqu'il se rencontre des pères dénaturés, la société qui leur avait abandonné la protection de leurs enfants et qui voit sa délégation mal remplie, ne doit pas elle aussi manquer à son devoir de protection : elle doit enlever au père l'enfant qui risque de devenir un malhonnête homme et elle doit en faire un bon et digne citoyen.

C'est par ce devoir de protection qu'on peut légitimer l'intervention de la société dans l'exercice de la puissance paternelle, intervention qui peut aller jusqu'à priver le père de la garde de son enfant. Il était admis dans notre ancien droit que les tribunaux

avaient un droit de contrôle en cette matière. Ainsi Graverol, sur La Rochefflavain, lib. 3, tit. 5, s'exprime dans ces termes : « Quoique les enfants soient sous la
« puissance de leur père, ils peuvent s'en tirer quand
« ils sont extrêmement mal traités, » L'autorité qui les retire à leurs pères, c'est la justice. Les recueils d'ancienne jurisprudence nous en fournissent des exemples, notamment deux arrêts du Parlement d'Aix, des 16 décembre 1669 et 13 mai 1679, un arrêt du Parlement de Toulouse du 15 décembre 1678, un autre enfin du Parlement de Paris rendu le 14 février 1712.

La puissance paternelle n'est pas absolue, c'est aussi l'avis de Pothier : « Les personnes qui se marient
« contractent par le mariage une obligation mutuelle
« d'élever les enfants qui naîtront de leur mariage, de
« leur fournir des aliments nécessaires et de leur don-
« ner une éducation convenable, jusqu'à ce qu'ils soient
« en état de pourvoir eux-mêmes à leur subsistance. S'il
« se trouvait des père et mère qui fussent assez déna-
« turés pour manquer à ce devoir, le ministère public,
« sur la dénonciation des parents, pourrait les poursui-
« vre après information des mauvais traitements, et du
« refus des choses nécessaires, faire ordonner par le
« juge ce qu'il estimerait convenable d'ordonner. Les
« mauvais traitements peuvent quelquefois être si
« grands, et le refus des choses nécessaires porté à un

« tel point, qu'il serait dangereux de renvoyer les
« enfants chez les père et mère. Le jugement peut en
« ce cas en confier l'éducation à quelque personne de
« la famille, et condamner les père et mère à payer
« la pension. » *Traité du contrat de mariage*, n° 384.

CHAPITRE PREMIER

ÉTAT DE LA QUESTION SOUS LE CODE CIVIL. ARTICLE 335
C. PÉN. LOI DU 7 DÉCEMBRE 1874. SYSTÈME DE LA
JURISPRUDENCE.

Le Code civil avait fixé à 21 ans l'âge de la majorité ; à partir de cet âge toute personne était complètement libre de faire ce que bon lui semblait, sauf la restriction du mariage. Cette règle découlait des idées de liberté qui s'étaient développées au moment de la Révolution. En revanche, le même Code avait soumis l'enfant à la puissance paternelle jusqu'à sa majorité ; la puissance du père était sagement organisée, surtout dans l'intérêt de l'enfant. Les législateurs avaient ratifié la loi de la nature qui place un protecteur à côté de l'être faible qui vient au monde. Cependant cette puissance était attribuée au père d'une façon absolue, en ce sens qu'elle ne pouvait pas cesser avant la majorité ; il y avait bien l'émancipation, mais cet acte était à la discrétion du père qui pouvait selon son bon

plaisir en user ou non ; ce pouvait être pour lui un moyen de se soustraire à ses devoirs d'éducation envers son fils, s'ils lui paraissaient trop rigoureux ; ce n'était pas un moyen d'enlever au père indigne la garde de son enfant.

Les législateurs n'avaient pas voulu prévoir qu'il y aurait des pères criminels ; et pourtant si la plupart des pères élèvent avec sollicitude et accablent de soins leurs enfants, il en est trop malheureusement qui, ivrognes ou débauchés, se livrent sur eux à tous les excès, compromettent leur santé en les maltraitant, et leur éducation en étalant leurs vices au foyer de la famille. L'enfant qui, sous l'empire du Code civil était en butte à ces sévices devait rester sous le toit paternel ; s'il s'éloignait on pouvait l'y ramener *manu militari*. Les parents étaient impuissants devant l'autorité du père. Le ministère public pouvait bien agir chaque fois qu'il parvenait à établir la preuve d'un délit à la charge du père ; mais la peine finie, l'indigne revenait plein de ressentiment ; sa puissance subsistait tout entière et il était bien à craindre qu'il ne se vengeât sur de pauvres innocents de la peine que la société lui avait infligée.

Ce système trop rigoureux fut tempéré peu après par un essai timide dans la législation ; mais ce furent surtout les tribunaux qui, mus par d'excellents sentiments, d'accord avec l'esprit du Code, et trouvant

d'ailleurs de bonnes raisons juridiques pour motiver leurs décisions, arrivèrent à protéger les enfants contre leurs pères coupables.

Sous l'empire du Code civil, le père ne pouvait encourir la déchéance de la puissance paternelle que dans le cas de mort civile; il se trouvait, en effet, à ce moment, privé de tous ses droits, il était considéré comme n'existant plus. La tutelle de ses enfants était ouverte comme elle l'eût été par son décès. Ce n'était pas là une mesure pour prévenir des abus d'autorité; la condamnation, en dehors de la mort civile qui en était l'accessoire, aurait suffi à rendre le père incapable de maltraiter ses enfants.

Le tempérament législatif apporté à la rigueur du Code civil est contenu dans le Code pénal de 1810, dont l'article 335 édicte la déchéance de la puissance paternelle contre le père ou la mère qui se sera rendu coupable envers son enfant du délit prévu par l'article 334. C'était un premier pas, bien hésitant, dans la voie de la surveillance que les pouvoirs publics doivent exercer sur les faibles.

Ce n'est qu'avec une extrême prudence que la loi contrôle l'autorité familiale. En effet, la déchéance a lieu seulement dans un cas très grave : Un père, chargé de faire l'éducation morale de son enfant, de lui enseigner les principes du bien avec l'aide desquels il deviendra un citoyen honnête et vertueux,

oublie tous ses devoirs; il flatte les plus vils instincts de cet enfant, excite ou favorise sa débauche.

On exige donc pour prononcer la déchéance un délit qui bien que puni de peines encore légères est particulièrement grave et odieux.

La déchéance ainsi encourue par un père indigne n'était que relative, et cela à deux points de vue. D'abord elle est encourue seulement à l'égard de l'enfant envers lequel le délit a été commis, de sorte que les autres enfants, trop jeunes peut-être pour que leur père tienne aussi à leur égard une conduite ignominieuse, devront rester soumis à sa puissance; et quand ils grandiront ils recevront aussi les mauvais exemples de celui que la nature avait placé près d'eux pour leur donner une éducation morale et auquel la loi n'a pas osé les enlever. Cette conséquence était si fâcheuse que certains auteurs avaient cru devoir décider que la déchéance était encourue *in rem*, envers tous les enfants nés et à naître. En présence du texte de l'article 335, qui est formel, et dans une matière d'exception où l'interprète doit être prudent, il n'était pas possible d'expliquer ainsi la loi, malgré l'utilité qu'il y aurait eu à le faire.

A un autre point de vue encore, la déchéance est relative : le père n'est pas privé de tous les attributs de sa puissance. L'article 335 ne parle que des droits accordés par le titre IX du Code civil; le père con-

servera donc le droit de consentir au mariage ou à l'adoption de son fils.

Conservera-t-il le droit d'émancipation ? Oui, en principe, car ce droit ne lui est pas accordé par le titre IX du livre premier du Code civil. Il faut cependant se rendre compte du but que s'est proposé l'article 335, en édictant la déchéance contre le père ; il a voulu que, l'enfant soit soustrait aux mauvais exemples qu'il recevait au foyer paternel. Si donc le père use de son droit d'émancipation pour empêcher son enfant de résider dans l'endroit que la justice a désigné et pour le faire rentrer chez lui, la déchéance aura été prononcée inutilement. Nous ne pouvons admettre une solution aussi fâcheuse ; il faudra distinguer et décider que le père conserve le droit d'émancipation s'il en use dans l'intérêt de son enfant, que l'émancipation devra, au contraire, être déclarée nulle et que le tuteur pourra réclamer la garde et l'éducation si le père n'a usé de son droit que pour conserver son enfant auprès de lui et continuer à lui donner le mauvais exemple (Sic. Cass., 4 avril 1865. S. 65. 1. 257).

La déchéance prononcée par l'article 335 avait lieu de plein droit, il n'était pas nécessaire que le jugement ait statué expressément à cet égard : la déchéance était une conséquence forcée de la condamnation.

Il n'y avait pas dans le code pénal d'autre cas de

déchéance de la puissance paternelle. Le code édictait bien des peines consistant dans la privation de certains droits de famille, mais ni la dégradation civique, ni la peine de l'article 42, ne retiraient au père le droit de surveiller l'éducation de ses enfants ; quant à l'interdiction légale, elle privait le père de la garde à cause de l'impossibilité matérielle, non par suite d'une déchéance.

Un autre cas de destitution de la puissance paternelle fut établi beaucoup plus tard par une loi du 7 décembre 1874. Il s'agissait comme dans l'article 335 du code pénal de remédier à une situation dangereuse, il fallait protéger les enfants employés dans les profession ambulantes. Des pères livraient leurs enfants à des directeurs de cirque ou à des vagabonds pour en faire des acrobates ou des mendiants, ou bien eux-mêmes les employaient à la mendicité ; la loi les punit comme ayant commis un délit, et de plus elle les prive de la puissance paternelle. L'expression puissance paternelle est insérée dans notre texte sans aucune restriction, aussi peut-on en vertu de cette loi, retirer à un père tous les attributs de sa puissance : le droit de consentir au mariage ou à l'adoption au même titre que les droits de garde ou d'éducation. La généralité des termes employés permet aussi certainement de soutenir que la déchéance est encourue à l'égard de tous les enfants et non pas seulement à l'égard de ceux

qui ont été livrés aux saltimbanques ou qui ont été employés à la mendicité.

Plus récemment encore, la loi du 28 avril 1882 a imposé aux pères l'obligation de donner à leurs enfants une certaine instruction; mais aucune déchéance ne sanctionne ses dispositions.

Si le Code civil est muet sur la déchéance de la puissance paternelle, il n'en faut pas absolument conclure qu'avant la loi de 1889, le père pouvait user à son gré de l'autorité qu'on lui accordait sur ses enfants et qu'on ne pouvait jamais, soit contrôler l'exercice de sa puissance, soit la restreindre. Cette question a été soulevée lors des travaux préparatoires, mais l'on n'y a pas donné suite.

Le législateur de 1804 a organisé la puissance paternelle sur le modèle de celle de l'ancien droit; et l'abrogation de toutes les dispositions anciennes sur les matières traitées au Code n'empêche pas que nous puissions nous y référer quand le législateur lui-même s'y est reporté. De la discussion il faut retenir notamment cette déclaration du tribun Albisson : que le pouvoir du père constitue non pas à proprement parler un droit, mais un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré. Si telle a été l'opinion des rédacteurs du Code, nous pouvons parfaitement décider, même en l'absence de texte, que les tribunaux avaient le droit de surveiller l'accom-

plissement de ce devoir et de prendre les mesures nécessaires contre les pères qui n'usaient pas de leur autorité selon sa destination. C'est ainsi que les tribunaux ont interprété la loi pour remédier au silence du Code civil sur ce point. Sentant combien il était dangereux de laisser des enfants sous la garde d'un père sans moralité, ils cherchèrent et trouvèrent dans la loi même le moyen d'arriver à concilier leurs sentiments d'humanité et le texte du Code.

Ce résultat était bien difficile à atteindre tant que durait le mariage, l'autorité était alors attribuée au père seul ; aucune disposition ne pouvait être opposée à l'article 373. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 août 1825 a nettement posé le principe. On demandait l'homologation d'une délibération d'un conseil de famille qui avait retiré à un père indigne tout à la fois l'administration légale des biens de ses enfants et ses droits de puissance paternelle sur leurs personnes. L'arrêt a statué dans les termes suivants :

« Considérant qu'il faut bien distinguer les droits
« qui appartiennent essentiellement à la puissance
« paternelle des obligations de l'administrateur légal ;
« que les premiers ont leur source dans la nature et
« sont confirmés par la loi ; qu'ils ne peuvent être
« détruits que par la mort naturelle ou civile, ou dans
« les cas déterminés par la loi... Considérant que le
« conseil de famille dans sa délibération a fait confu-

« sion de deux pouvoirs qui doivent rester entièrement
« distincts, puisqu'ils ne se confèrent et ne se perdent
« que de la manière ci-dessus indiquée; que s'il con-
« vient de prémunir les enfants mineurs contre tous
« les dommages auxquels ils pourraient être exposés,
« il est nécessaire aussi de respecter les prérogatives
« attachées à la puissance paternelle; d'où suit que la
« délibération du conseil de famille doit être homolo-
« guée dans tout ce qui a rapport à la conservation
« des biens des mineurs, sans porter atteinte à ce qui
« touche la puissance paternelle. » S. 26, 2, 44.

Plus récemment un jugement du Tribunal civil du Puy du 10 décembre 1869 a décidé que les tribunaux ne peuvent pas intervenir durant le mariage dans l'exercice de la puissance paternelle. D. 70, 3, 64.

Certaines décisions de justice n'avaient pas admis cette limitation de leur contrôle, notamment un jugement du Tribunal Civil de la Seine en date du 15 décembre 1869 (1) : un père avait confié son enfant à ses grands-parents qui devaient lui donner les soins nécessités par une santé délicate; à la demande du père réclamant plus tard la garde de son fils, le tribunal déclara qu'il n'y avait pas lieu de rien modifier en se basant sur l'intérêt de l'enfant; le jugement réserve d'ailleurs aux père et mère le droit de communiquer

1. D. 69. 3. 104.

librement avec leur fils. Dans le même sens un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux du 27 février 1874 (1) refuse, pour des motifs graves, la garde de sa fille à un père, *constante matrimonio*.

En tous cas, si l'autorité paternelle peut sous l'empire du Code être restreinte, cette restriction ne peut avoir lieu que par autorité de justice. Un père ne peut pas, pour se soustraire aux obligations que la loi et la nature lui imposent, renoncer à la puissance paternelle. Nous pouvons dire avec un arrêt de la Cour de Cassation du 5 mars 1855 (2) que la mère, remariée et maintenue dans la tutelle, lorsqu'elle a accepté une restriction de sa puissance sur ses enfants, a pris un engagement radicalement nul ; car elle n'avait pas la libre disposition de son autorité. Quand il lui plaît de reprendre l'exercice de tous les attributs de la puissance, on ne saurait s'y opposer.

Dans des circonstances analogues, la Cour d'appel de Rouen par arrêt du 6 mars 1888 statue en ces termes : « Attendu que les droits de garde et d'éducation
« qui appartiennent à la mère survivante sont des attributs imprescriptibles de la puissance paternelle ;
« qu'elle ne peut en être privée, alors même qu'elle
« aurait renoncé momentanément à leur exercice, que

1. S. 74. 2. 216.

2. D. 55. 1. 341.

« si elle a été frappée par certaines dispositions des
« lois pénales, ou lorsque son indignité est démon-
« trée (1). »

Les conseils de famille ne sont pas davantage compétents pour enlever au père quelques-uns de ses droits de puissance. L'arrêt précité de la Cour de Rouen fait une juste distinction décidant que les conseils de famille compétents pour destituer de la tutelle ne le sont plus pour prononcer la déchéance partielle, ils ne peuvent que donner un avis au Tribunal si celui-ci les consulte. Dans le même sens, arrêt précité de la Cour de Cassation du 29 août 1825.

La restriction de l'autorité paternelle ne pourra avoir lieu que par une décision de justice ; nous avons vu la jurisprudence hésitante lorsqu'il s'agissait de statuer durant le mariage. Il n'en est plus de même lorsque la question se pose après le décès de l'un des époux ; les tribunaux sont unanimes à déclarer leur pouvoir de limiter la puissance paternelle dans l'intérêt de l'enfant, notamment en enlevant à l'ascendant survivant les droits de garde et d'éducation.

La Cour de Cassation a affirmé cette théorie par des arrêts du 3 mars 1856, du 15 mars 1864. Dans ce dernier nous relevons les motifs suivants : « Attendu
« que la mesure ordonnée par la Cour relativement

1. *Droit*. 7 avril 1888.

« aux enfants n'est que la conséquence nécessaire et
« logique de la destitution de la tutelle et des raisons
« qui l'ont justifiée; que si le droit des père et mère à
« la garde et à la surveillance de l'éducation de leurs
« enfants est, en général, un attribut de la puissance
« paternelle, l'intérêt des enfants est le principal motif
« qui doit déterminer l'exercice ou la restriction de ce
« droit; qu'en déclarant, d'après la délibération du
« conseil de famille, que les intérêts moraux et maté-
« riels des enfants X..., étaient en péril et qu'il était ur-
« gent d'y pourvoir en les confiant avec la tutelle à leur
« aïeul, la cour n'a fait de ses pouvoirs qu'un usage
« autorisé par la morale et par la loi (1) ».

Plus récemment, la Chambre des requêtes, persis-
tant dans sa jurisprudence antérieure, rejetait un pour-
voi par les considérations suivantes: « Sur le moyen
« unique tiré de la violation des articles 372, 373, 374
« Code civil; attendu que la puissance paternelle, éta-
« blie surtout dans l'intérêt de l'enfant, n'est pas abso-
« lue; qu'il appartient aux tribunaux d'en restreindre
« l'exercice, quand, matériellement ou moralement,
« cet intérêt est en péril; attendu que l'arrêt attaqué
« tout en homologuant la délibération du conseil de
« famille qui destitue de la tutelle la dame C..., déclara-

1. S. 56. I. 408; D. 56. I. 290. — S. 64. I. 155; D. 64. I. 301;
J. du P. 1864. 972.

« re qu'à raison des écarts de conduite auxquels cette
« dernière s'est laissé entraîner, et dont la notoriété
« est établie par tous les documents de la cause, il y
« aurait de graves inconvénients à lui confier, même
« momentanément, la garde et la direction de son
« enfant; qu'en lui enlevant dans ces circonstances
« cette garde et cette direction, le dit arrêt n'a nullement violé les articles susvisés ». Cass., 27 janvier 1879, D. 79, 1, 223.

Les autres juridictions ont adopté les principes de la Cour suprême, et de nombreuses décisions ont prononcé des déchéances partielles de la puissance paternelle. La plupart de ces décisions sont motivées par le danger que les enfants couraient au point de vue de leur moralité à rester sous la surveillance de leur ascendant. Le 27 février 1888 un arrêt de la Cour d'Appel de Douai prononçait une déchéance contre un père livré à des habitudes d'ivrognerie : « Attendu, dit l'arrêt, que le droit de garde de l'enfant est un attribut
« de la puissance paternelle, et que le père peut en
« être privé si les mauvais exemples qu'il donne peuvent être funestes à son pupille, particulièrement s'il
« est jugé être d'une inconduite notoire; qu'en ce cas,
« la garde de l'enfant doit lui être enlevée comme la
« tutelle (1). »

1. Pand. 88. 2. 151 ; *Droit* 7 avril 1888.

Un autre arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 2 décembre 1882 invoque le péril moral où se trouvait l'enfant (1). C'est aussi sur l'inconduite de l'ascendant qu'est basé un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux du 2 janvier 1884 (2).

Un jugement du Tribunal Civil de Marseille du 3 août 1881 retire la garde de ses enfants à un père qui avait méconnu gravement les obligations qui lui incombaient (3).

Toutes ces décisions de la jurisprudence ne sont pas motivées d'une façon bien précise. La Cour de Cassation elle-même se contente de dire qu'en prononçant des déchéances partielles les tribunaux ne font de leurs pouvoirs qu'un usage autorisé par la morale et par la loi.

La doctrine de la jurisprudence peut se justifier par deux considérations. D'abord, s'il faut un argument de texte, on le trouvera dans la combinaison de l'article 372 avec l'article 450 du Code civil. Cette dernière disposition est ainsi conçue : Le tuteur prendra soin de la personne du mineur. Si l'on remarque que dans toutes les espèces que nous avons citées ci-dessus il s'agit d'un ascendant destitué de la tutelle, on verra où se

1. Gaz. Pal. 83, I. 123.

2. Gaz. Pal. 84. I. supp. 124.

3. Gaz. Pal. 82. I. 237.

trouve la base légale des décisions de la jurisprudence. En retirant la garde de l'enfant au père ou à la mère pour la confier au tuteur, les tribunaux appliquaient l'article 450 du Code civil. Nous ne voulons nullement dire que l'administration des biens et celle de la personne sont inséparables, nous serions en contradiction avec les principes les plus certains. Nous n'admettons pas davantage avec un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon, du 5 avril 1827 (1), que les enfants doivent être en principe confiés à leur tuteur, sauf aux tribunaux à apprécier s'il n'y aurait pas lieu de les laisser au parent survivant. Pour nous, la puissance paternelle avec tous ses attributs appartient au père ou à la mère survivant; c'est là le principe, et on ne peut y déroger que pour des causes graves (Sic. Paris, 9 mars 1854) (2). Lorsqu'il y aura lieu d'enlever l'éducation des enfants à l'ascendant survivant les tribunaux ne violeront pas la loi, ils appliqueront l'article 450 du Code civil.

Ce sont d'autres considérations qui ont motivé les décisions de la jurisprudence. La puissance paternelle n'est pas absolue, a-t-on dit, elle a été organisée dans l'intérêt de l'enfant; dès que cet intérêt sera en péril les tribunaux pourront intervenir. C'est la nécessité qui justifie le droit de contrôle des tribunaux sur l'exer-

1. S. 27. 2. 419.

2. S. 54. 2. 318.

cice de la puissance paternelle. Cette interprétation de la loi était fort utile ; elle n'était peut-être pas juridique. Un arrêt rendu depuis la promulgation de la loi du 24 juillet 1889 l'apprécie en ces termes : « Attendu
« que jusqu'ici, il est vrai, la loi faisant défaut, les
« tribunaux s'étaient arrogé le droit nécessaire d'en-
« lever aux père et mère les attributs de la puissance
« paternelle dans la mesure que commandait l'intérêt
« supérieur de l'enfant ; mais que la loi de 1889 a
« substitué un texte positif au droit arbitraire ainsi
« déduit par la jurisprudence de cet intérêt lui-
« même. » Poitiers, 21 juillet 1890 (1).

Les tribunaux se décidant, par nécessité, à limiter dans certains cas la puissance des parents, n'exerçaient leurs droits que dans la mesure où cela était nécessaire. La déchéance totale ne pouvait pas être prononcée, il n'y a pas de doute à cet égard. La Chambre des Requêtes l'a dit formellement dans un arrêt du 3 mars 1856 (2) : « Attendu que si l'arrêt attaqué a refusé
« à la dame veuve W... le droit de surveillance dont
« elle demandait qu'il lui fût fait réserve, et celui de
« communiquer avec ses enfants, il faut entendre cette
« restriction aux droits de la puissance paternelle,
« seulement en ce qui concerne l'immixtion de la mère

1. D. 91. 2. 73 ; Gaz. Pal. 90, 2. 184.

2. S. 56. I. 408 ; D. 56. I. 290.

« destituée de la tutelle pour cause d'inconduite notoire
« dans l'éducation de ses enfants, et que cette restric-
« tion ne va pas jusqu'à lui enlever, comme le suppose
« à tort le pourvoi, les autres droits inhérents à la puis-
« sance paternelle, tels que celui de donner ou de
« refuser son consentement au mariage ou à l'adop-
« tion de ses enfants, ni le droit de les émanciper ;
« qu'ainsi il n'y a eu dans l'espèce ni fausse applica-
« tion de l'article 335 Code pénal, ni violation des
« articles 371 et suivants sur la puissance paternelle
« combinés avec les articles 305 et 444 Code civil. »

Les divers attributs de la puissance seront enlevés
au père ou à la mère selon que cela sera nécessaire
pour chaque espèce.

En général les droits atteints sont les droits de garde
et d'éducation ; les droits de consentir au mariage ou
à l'adoption ne sont jamais touchés.

Quant au droit d'émancipation, il y aurait eu, selon
nous, à distinguer d'après ce que nous avons dit à ce
sujet à propos de l'application de l'article 335 Code
pénal ; nous ne saurions admettre la décision absolue
de l'arrêt précité de la Cour de Cassation.

Les tribunaux devaient avoir en cette matière un
très large pouvoir d'appréciation ; il y avait autant de
solutions différentes que d'espèces. Pour ne citer qu'un
exemple : la Cour d'Appel de Bastia, à la date du 31
août 1826 avait prononcé la déchéance des droits de

garde et d'éducation contre une mère à l'égard d'une de ses filles, et avait décidé que l'autre fille resterait avec la mère ; ces prescriptions étaient basées sur l'intérêt des enfants.

Les tribunaux avaient pu, grâce à ce système du contrôle judiciaire de la puissance paternelle, remédier aux maux les plus pressants ; il n'en subsistait pas moins une lacune regrettable dans notre Code civil. La jurisprudence était bien établie, mais elle aurait pu changer. Aussi la loi du 24 juillet 1889 a-t-elle réalisé un véritable progrès en imposant aux juges un texte précis.

CHAPITRE II

LOI DU 24 JUILLET 1889.

SECTION I

Historique ; titre II de la loi.

La loi du 24 juillet 1889 est le débris d'une autre beaucoup plus vaste sur la protection de l'enfance. Cette dernière avait été d'abord présentée au Sénat où elle avait fait l'objet d'un rapport de M. Roussel et avait été votée en 1882. Le projet ayant été soumis à la Chambre, M. Gerville-Réache avait déposé un rapport en 1884, mais le vote ne put aboutir dans la législature et la proposition devint caduque. Elle fut reprise en 1886 par M. Gerville-Réache et semblait encore ne pouvoir être votée à raison des difficultés budgétaires que devait soulever son application, lorsque le gouvernement se décida à ne présenter au Parlement que la partie relative aux enfants maltraités ou abandonnés. Ainsi modifié, le projet fut soumis au Conseil

d'État, qui le discuta en juin et juillet 1888, et au Conseil supérieur de l'assistance publique.

Ce projet déposé sur le bureau de la Chambre par M. Floquet, ministre de l'intérieur, le 22 décembre 1888, fut adopté les 18 et 25 mai 1889. La discussion ne fut ni longue ni animée, un seul membre présenta quelques observations. Quant au Sénat, il adopta le projet sans discussion dans sa séance du 13 juillet 1889.

Cette loi qui est intitulée : loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, se divise en deux parties. La première partie traite de la déchéance de la puissance paternelle. Dans la seconde le législateur s'occupe de la protection des mineurs placés avec ou sans l'intervention des parents.

Le titre II de notre loi organise un système de dessaisissement de la puissance paternelle qui peut être effectué avec le concours des père et mère ; on renonce à la théorie de l'imprescriptibilité des prérogatives de la puissance paternelle ; le père peut renoncer à ses droits en même temps qu'il se décharge des obligations que la loi lui imposait envers son enfant. Cette mesure était nécessaire, car souvent les pères laissaient recueillir leurs enfants par des établissements charitables ou par des particuliers qui les élevaient ; et lorsque les enfants avaient grandi, lorsqu'ils étaient devenus, au sens économique du mot, une valeur,

Leurs pères se sont occupés de leur éducation (venant en aide au père de famille) ; quelques personnes peuvent ne pas prendre ceux qui avaient besoin de l'aide, de s'en occuper, ne pas acquiescer à ce qui leur est fait et même s'opposer de la manière à ce qui leur est fait par le père, et par la loi. Ce sont des choses à considérer, et les personnes charitables qui élèvent des enfants abandonnés peuvent acquiescer sur ces deux points de la doctrine de la puissance parentale, qui est alors celle-ci : que le père a le droit d'élever, d'éduquer, d'instruire d'une manière par laquelle le père, dans son intérêt, mais ce dernier point, par lequel les personnes peuvent acquiescer, ainsi que les autres, les enfants de la puissance parentale à la nécessité d'être élevés de justice. Ce n'est pas tout, mais dans une autre aussi importante, les personnes peuvent acquiescer de ce fait, après avoir pris tous les renseignements utiles, et les choses sont ainsi de l'existence de l'enfant.

Lorsque l'enfant a été placé avec l'intention de le placer de manière à ce que les personnes intéressées puissent convenir, décide qu'il y a lieu d'attribuer la puissance parentale à l'enfant, qu'il y a lieu d'attribuer l'enfant à la personne qui a placé l'enfant. L'enfant par le père de son intérêt, pour une fois, par lequel, il peut convenir, mais, la loi de l'enfant, en attribuant la puissance parentale

n'est plus si absolu, car un jugement peut vaincre sa résistance : articles 17 *in fine* et 18.

Le tribunal compétent pour prononcer l'abandon dans le cas de l'article 17 est celui du domicile des père, mère ou tuteur. L'article 19 prévoit les cas où les enfants sont placés sans l'intervention de leurs parents ; le tribunal compétent est alors celui du domicile de la personne qui a recueilli l'enfant.

La puissance paternelle est toujours dévolue à l'assistance publique ; l'exercice seul en est délégué aux établissements charitables ou aux particuliers gardiens.

Le préfet de chaque département exerce, au nom de l'État, une surveillance sur les enfants ainsi placés ; il peut saisir la justice pour voir ordonner des modifications lorsque l'intérêt des enfants l'exige.

Le père qui a abandonné la puissance paternelle, soit expressément, soit tacitement, peut la recouvrer en s'adressant au tribunal de la résidence de l'enfant. Les magistrats décident s'il y a lieu de remettre l'enfant au père, de prononcer la déchéance de la puissance paternelle, ou bien de maintenir à l'établissement ou au particulier gardien les droits qui lui ont été conférés.

SECTION II

Déchéance obligatoire et déchéance facultative.

§ 1. — *Etendue de la déchéance.*

La loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés a organisé un système de déchéance complète de la puissance paternelle : les parents indignes ne sont plus seulement privés de la garde et de l'éducation de leurs enfants, ils perdent aussi le droit de les émanciper, de consentir à leur mariage et à leur adoption, de donner leur autorisation pour l'engagement aux armées. C'est ce qui résulte de l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1889.

« Les père et mère et ascendants sont déchus de
« plein droit, à l'égard de tous leurs enfants et des-
« cendants, de la puissance paternelle, ensemble de
« tous les droits qui s'y rattachent, notamment ceux
« énoncés aux articles 108, 141, 148, 150, 151, 346,
« 361, 372 à 387, 389, 390, 391, 397, 477 et 935 du
« Code civil, à l'article 3 du décret du 22 février 1851
« et à l'article 46 de la loi du 27 juillet 1872 ».

Cette énumération de l'article 1^{er} est simplement énonciative ; il résulte formellement des travaux préparatoires que le législateur n'a nullement voulu limiter aux droits énumérés la déchéance qu'il établissait ;

de sorte que si dans l'avenir des prérogatives nouvelles venaient à être accordées aux pères, soit sur les biens, soit sur la personne de leurs enfants, elles n'appartiendraient pas aux pères déchus.

L'article 1^{er}, dans sa disposition finale, réserve aux ascendants déchus le bénéfice des articles 205, 206 et 207 C. Civ., relatifs à l'obligation alimentaire; ce n'est pas là un droit dérivant de la puissance paternelle, et dans le silence de la loi on aurait dû estimer que la dette alimentaire subsistait à la charge des enfants.

Qu'allons-nous décider au sujet d'un droit ayant des analogies avec celui conféré par les articles 205 et suivants, réciproque comme lui? Peut-on soutenir que le père déchû a perdu le droit de succéder à ses enfants?

Le législateur n'a pas prévu expressément cette question. S'il avait gardé un silence absolu, il n'y aurait aucun doute, les droits réciproques de succession ne seraient pas atteints; ils dérivent non de la puissance paternelle, mais de la parenté.

Les relations de parenté subsistant, on n'aurait pas compris que les droits de succession disparussent. Mais le législateur a eu soin de prévoir la question pour les droits alimentaires: il déclare que la déchéance les laisse subsister. Est-ce là une exception au principe de la déchéance complète, générale, établie par l'arti-

de 1^{er} ? Ou bien est-ce une application du principe de la perpétuité des relations de parenté ?

Si exorbitante que puisse paraître la privation pour le père du droit de succéder à son fils, on la comprendrait encore mieux que la rupture de l'obligation alimentaire ; celle-ci est absolument nécessaire, elle a pour but d'empêcher le père de mourir de faim, elle est limitée à ses besoins, elle a un caractère d'urgence et de haute moralité.

Il en est tout autrement du droit de succession, le père indigne qui ne s'est jamais occupé de son fils se souviendra de lui le jour de sa mort et songera à venir recueillir un héritage qu'il dissipera dans la débauche. N'y a-t-il pas là quelque chose de fâcheux, et ne suffirait-il pas d'imposer à la succession du fils l'obligation alimentaire envers l'ascendant déchu, par application de la disposition finale de l'article 1^{er} de notre loi. Si l'on suppose l'enfant décédé sans testament et ayant son père comme héritier le plus proche, on peut encore concevoir dans ce cas que le fils n'ayant pas expressément manifesté sa volonté a tacitement admis que son père lui succéderait. Il n'en est plus de même si l'enfant a laissé des frères et sœurs qui devraient subir le concours du père déchu et les raisons exposées plus haut tendent à faire écarter ce concours. Si enfin nous supposons que l'enfant a légué tous ses biens à un étranger, le père, qui est peut-être dans

l'aisance, pourrait venir réclamer sa réserve. Notons que cet étranger légataire sera le plus souvent la personne qui aura recueilli l'enfant maltraité, lui aura donné une bonne éducation, lui aura enseigné l'amour du travail et de la vertu ; et le père indigne, qui s'est contenté de donner à son fils de mauvais exemples, qui a obligé la justice à le lui enlever, qui n'a rien fait pour regagner le droit à l'éducation, viendrait en concurrence avec celui qui a fait plus que son devoir. Il suffirait, semble-t-il, de laisser au père sa créance alimentaire, parce qu'il y a là une nécessité absolue. Bien que notre question ait été effleurée dans les travaux préparatoires, nous n'en pouvons pas tirer de solution.

En effet, un député, M. Boreau-Lajanadie, avait proposé sur l'article 1^{er} un amendement qui, entre autres modifications, proposait la réserve des droits successoraux au même titre que celle des droits alimentaires. L'amendement a été repoussé en bloc sans que personne se soit expliqué sur le point spécial qui nous occupe.

Enfin, on ne saurait reprocher au système qui prive le père de ses droits de succession d'entraîner par là même une déchéance contre le fils ; le droit du père peut s'éteindre tandis que celui du fils subsiste, et si la réciprocité est un principe général de nos successions, ce principe n'est nulle part écrit dans la loi, et il y a

des cas où le droit de succéder n'est pas réciproque.

Malgré toutes les bonnes raisons que nous avons exposées, il est bien difficile de déclarer le père déchu du droit de succéder à son fils. On ne pourrait ainsi décider qu'en raisonnant par *a contrario* de la disposition finale de l'article 1^{er}, c'est un mode d'interprétation toujours dangereux, et quand on songe à la place importante qu'occupent les successions dans notre droit, on ne peut vraiment pas induire une disposition si grave du seul silence de la loi.

En dehors de la déchéance de la puissance paternelle sur leurs enfants, les personnes visées par la loi de 1889 sont incapables d'être tuteur, subrogé-tuteur ou membre d'un conseil de famille (art. 8).

La déchéance établie par la loi du 24 juillet 1889 est absolue, non-seulement en ce qu'elle comprend tous les attributs de la puissance paternelle, mais encore en ce qu'elle a lieu à l'égard de tous les enfants, aussi bien de ceux qui sont majeurs que de ceux qui ne sont pas encore nés. Il ne faut pas hésiter à décider qu'un individu qui n'a pas encore d'enfant au moment où il se trouve dans le cas d'être privé de la puissance paternelle pourra encourir la déchéance. Le texte de la loi nous permet cette interprétation ; son esprit nous la rend indispensable : il s'agit de protéger des faibles, des incapables ; le but de la loi ne sera pas atteint si l'on n'empêche pas l'enfant de tomber

sous l'influence mauvaise de son père. Il est particulièrement utile dans cette matière de prévenir au lieu de réprimer ; autrement on risquerait d'arriver trop tard alors que le mal serait déjà fait.

La loi du 24 juillet 1889 est applicable aux père et mère naturels, aussi bien qu'aux parents légitimes. Les parents naturels ont sur leurs enfants des droits et envers eux des devoirs : en ne s'acquittant pas de ceux-ci, ils doivent perdre ceux-là. La loi n'a pas eu besoin de le dire expressément, il y a même raison de décider que pour les père et mère légitimes.

Notre loi est-elle applicable au parent étranger ? Le doute ne peut guère exister dans le cas où il s'agit d'enfants français ; la loi a été faite pour protéger les Français, et elle doit d'autant plus s'appliquer au père étranger que ses enfants pourront moins obtenir de secours dans un pays qui ne les comptera pas au nombre de ses nationaux. S'il s'agit d'enfants étrangers, il semble au premier abord difficile d'appliquer à des étrangers une loi qui est bien évidemment de statut personnel, une loi réglant la constitution de la famille, loi qui d'ailleurs n'est pas une règle du droit des gens conforme à l'ordre public tel que l'entendent toutes les nations civilisées. Mais en nous plaçant à un point de vue plus élevé, en considérant que la société a le devoir de secourir tous les êtres faibles sans leur demander qui ils sont, d'où ils viennent, en songeant

que nous pouvons donner un bon exemple qui engagera les nations voisines à la réciprocité, nous déciderons au contraire que la déchéance pourra être encourue par l'ascendant étranger. Une autre considération milite dans le même sens : cette déchéance est une mesure pénale qui intéresse l'ordre public, et une règle de cette nature s'impose à tous ceux qui habitent le territoire. C'est ce qu'a pensé la Cour d'assises de la Seine qui dans sa seconde session de janvier 1894, a prononcé la déchéance demandée par le ministère public contre un père belge.

La déchéance prononcée contre le père ne suffisait pas pour remédier au mal qu'on voulait guérir ; il eût été inutile de retirer nominalelement au père sa puissance pour lui rendre une autorité effective. C'est ce qui serait arrivé si l'on avait attribué la puissance paternelle à la mère ; celle-ci restant soumise au mari, les enfants risqueraient fort de continuer à être exposés aux mêmes dangers, aux mauvais traitements et aux mauvais exemples. Pour éviter cet inconvénient, le législateur a donné aux tribunaux le pouvoir de décider si la mère était capable d'exercer utilement la puissance paternelle ; le plus souvent la mère ne conservera pas ses enfants, elle n'est pas assez indépendante durant le mariage. Cependant, si la séparation de corps est prononcée, la mère pourra demander l'attribution de l'autorité domestique sur ses enfants ; car alors il

n'y a plus à craindre l'influence du mari qui aura été presque toujours la cause de la déchéance temporaire prononcée contre la mère. De même à la dissolution du mariage, la mère, si elle n'a encouru de son chef aucune déchéance, pourra demander la garde de ses enfants à celui qui en a été chargé à la place du père, il n'y a plus dès lors aucun motif de priver la mère du droit d'élever ses enfants ; elle ne peut plus être soumise à l'autorité du père déchû, elle ne s'est pas personnellement rendue indigne d'exercer la puissance paternelle ; les raisons qui l'avaient momentanément rendue incapable ont cessé. Cependant la mère devra s'adresser au tribunal pour pouvoir prendre ses enfants avec elle ; la personne chargée d'exercer la puissance paternelle tient son droit d'une décision de justice ; elle pourrait s'en prévaloir pour refuser de se dessaisir, il faut un autre jugement pour lui faire perdre tout droit. Le tribunal sera-t-il tenu d'accueillir la demande de la mère s'il n'est point allégué contre elle des faits susceptibles de motiver une déchéance dans les termes de la loi du 24 juillet 1889 ? La solution de cette question dépend du parti que l'on prend sur le caractère divisible ou indivisible de la puissance paternelle.

Le législateur a aussi prévu le cas où un père déchû de la puissance paternelle viendrait à contracter un nouveau mariage. La solution qu'il donne à cet égard s'appliquerait par identité de raisons à l'individu qui,

déchu alors qu'il était célibataire, se marierait plus tard pour la première fois. Dans ces cas, la femme peut demander au tribunal la puissance paternelle sur les enfants qui lui surviennent. Les magistrats auront à apprécier si l'épouse offre des garanties suffisantes, et surtout si la conduite du mari a assez changé pour qu'il n'y ait aucun danger à lui laisser exercer sur ses enfants une autorité indirecte.

Pendant la période du jeune âge, le tribunal sera forcé de laisser les enfants à la garde de leur mère; ce sont-là des mesures provisoires commandées par la nécessité. Il est de principe absolu dans notre matière que l'intérêt des enfants prime toutes les autres considérations.

Lorsque ces mesures provisoires ne seront plus indispensables, le tribunal pourra les faire cesser.

La loi de 1889 ne s'applique pas seulement aux père et mère; elle atteint tous les ascendants qui peuvent à un moment donné posséder quelques-uns des attributs de la puissance paternelle. Quand on rencontre au texte le mot enfants, il est pris dans un sens large et désigne tous les descendants.

§ 2. — *Causes de la déchéance.*

L'article 1^{er} énumère les cas dans lesquels la déchéance a lieu de plein droit, ce qui ne veut pas

dire que les parents seront déchus par ce seul fait qu'ils auront encouru les condamnations spécifiées dans cet article. C'était ce dernier sens que les mots *de plein droit* avaient dans l'article 335 du Code pénal; la condamnation une fois prononcée, le père était déchû sans qu'il soit intervenu aucune décision de justice.

D'après la loi de 1889, il faut toujours que les tribunaux statuent d'une façon spéciale sur la déchéance; lorsqu'elle a lieu de plein droit, cela veut dire que le tribunal auquel elle est demandée devra la prononcer, qu'il n'y a place à aucune appréciation pour lui. D'ailleurs les juges ne pourraient pas d'office prononcer la déchéance, même quand elle est obligatoire; il faut qu'elle soit demandée.

La déchéance de plein droit a lieu dans quatre cas; deux d'entre eux sont relatifs à des condamnations pour attentats aux mœurs.

Ce sont ceux du père condamné en vertu de l'article 334, § 2, du Code pénal, et du père condamné deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche.

Les deux autres cas de déchéance de plein droit sont ceux où le père a été condamné pour avoir commis sur un de ses enfants un crime ou deux délits, ou pour avoir assisté un de ses enfants dans l'accomplissement d'un crime.

La déchéance facultative a lieu pour des faits moins graves. Lorsqu'ils se sont produits, la déchéance peut être demandée, mais les tribunaux gardent un certain pouvoir d'appréciation ; ils sont maîtres de décider, eu égard aux circonstances, qu'il n'y a pas lieu de prononcer la déchéance.

Les cas de déchéance facultative se divisent en deux catégories bien tranchées : la première comprend les cas où la déchéance est prononcée en vertu de condamnations (art. 2, 1°, 2°, 3°, 4°).

Pour que la déchéance puisse être appliquée, il faut, soit une condamnation à peine afflictive et infamante pour crime autre que les crimes contre la sûreté intérieure de l'Etat, soit une double condamnation pour certains faits spécifiés au § 2, soit une condamnation pour les délits mentionnés dans le § 3, soit une condamnation pour excitation habituelle de mineurs à la débauche.

Le 2° de l'article 2 est ainsi conçu :

« Les père et mère condamnés deux fois pour un
« des faits suivants : séquestration, suppression, expo-
« sition ou abandon d'enfants ou pour vagabondage. »

Doit-on exiger pour que la déchéance puisse être prononcée que les condamnations aient été encourues pour deux délits identiques, deux fois pour vagabondage par exemple, ou bien suffirait-il d'une condamnation pour abandon d'enfants et d'une autre pour

vagabondage? Nous croyons qu'il suffirait de deux condamnations pour l'un quelconque des quatre premiers délits énumérés qui ont entre eux une certaine analogie; quant au cinquième nous ne saurions faire pour lui la même identification.

La déchéance pourrait être prononcée après une condamnation pour abandon d'enfant et une autre pour suppression d'enfant; au contraire, le père ne pourrait être privé de ses droits si, condamné une première fois pour exposition d'enfant, il ne l'était ensuite que pour vagabondage.

Le 2° de l'article 2 déclaré que les tribunaux auront la faculté de prononcer la déchéance contre les père et mère condamnés deux fois pour l'un des faits qu'il énumère. Or, deux de ces faits prévus par le législateur sont en principe des délits, mais ils peuvent devenir des crimes. D'après l'article 349 du Code pénal l'exposition ou l'abandon d'enfant est puni de six mois et à deux ans d'emprisonnement, c'est donc un délit; il y a crime si la mort de l'enfant en est résultée (art. 351 du Code pénal). La suppression d'enfant est un crime en principe, mais elle devient un délit s'il n'est pas établi que l'enfant ait vécu ou s'il est établi que l'enfant n'a pas vécu (art. 345 du Code pénal). La séquestration qui est un crime d'après l'article 341 du Code pénal n'est plus qu'un délit dans le cas de l'article 343.

Il se pose alors devant nous la question de savoir si le législateur a employé intentionnellement le mot faits pour que l'article 2, § 2, s'appliquât toujours aux infractions qu'il énumère, que ces infractions constituent des crimes ou des délits. En résolvant affirmativement la question ainsi posée, nous trouverions une contradiction dans la loi. En effet, l'article 2, § 1, prévoit toutes les condamnations pour crimes. Il n'est fait d'exception que pour les faits prévus aux articles 86 à 101 du Code pénal. Sauf cela, le texte est général; une seule condamnation du genre de celles prévues au § 1 suffit pour la déchéance. Devrons-nous dire que le père condamné à cinq ans de travaux forcés pour séquestration ne pourra pas être déclaré déchu, et cela parce que le § 2 prévoit spécialement le cas de séquestration et exige une double condamnation?

Nous serons mieux d'accord avec le texte de la loi en décidant qu'au cas où les faits spécifiés au § 2 de l'article 2 constituent des crimes, on devra appliquer les dispositions relatives aux crimes, c'est-à-dire le § 1 de l'article 2.

Cette solution est confirmée par les travaux préparatoires; le rapporteur du projet à la Chambre des Députés, M. Gerville-Réache, a formellement indiqué que la répétition des faits qui doivent entraîner la déchéance n'était exigée que si ces faits étaient des délits. Enfin l'esprit tout entier de la loi combat dans

le même sens ; les délits prévus par l'article 2, § 2, sont des délits graves, à l'occasion desquels le législateur a voulu être plus sévère que pour les autres. Les faits sont encore plus odieux lorsqu'ils dégénèrent en crimes, et la loi de 1889 qui protège avec tant de soin la santé et la moralité des enfants n'a pas voulu exiger pour la déchéance une double condamnation à raison de crimes.

La question que nous discutons a été résolue dans un sens différent par la Cour d'assises de la Drôme ; un arrêt du 26 octobre 1889 condamnait la veuve M... à cinq ans de réclusion pour crime de suppression d'enfant et refusait de prononcer la déchéance de la puissance paternelle contre la condamnée en s'appuyant sur l'article 2, § 2, de la loi du 24 juillet 1889. Le ministre de la Justice déféra cet arrêt à la Cour de Cassation dans l'intérêt de la loi, et la Chambre Criminelle a annulé l'arrêt attaqué par les motifs suivants :

« Attendu que la veuve M... se trouvait dans le premier des cas prévus par le § 2 de l'article premier ;
« que, néanmoins l'arrêt attaqué a refusé de la déclarer déchue de la puissance paternelle en se fondant
« à tort sur les dispositions de l'article 2 de la loi du
« 24 juillet 1889 ;

« Attendu que cet article, qui laisse aux juges du fond le droit d'apprécier si la déchéance doit être
« prononcée, prévoit dans son premier paragraphe le

« cas où le père ou la mère sont condamnés pour des
« crimes autres que ceux commis sur la personne d'un
« ou de plusieurs de leurs enfants ; que, quant au para-
« graphe 2 du même article, il ne s'occupe évidem-
« ment que des faits de séquestration, suppression ou
« abandon d'enfant constituant de simples délits ; que
« cette distinction ressort des travaux préparatoires de
« la loi et des termes mêmes des articles 1 et 2 rappro-
« chés l'un de l'autre ; qu'en effet, il est impossible
« d'admettre que le § 2 de l'article comprend toutes
« les condamnations prononcées à raison des faits qu'il
« vise, même lorsque ces faits constituent des crimes,
« sans mettre l'article 2 en contradiction absolue avec
« l'article 1^{er} de la loi » (Cass. 8 mars 1890 (1)).

Il est donc bien certain que lorsque les faits de séquestration, de suppression ou d'exposition d'enfant constitueront des crimes, on devra appliquer, soit l'article 1^{er}, § 2, soit l'article 2, § 1, mais non l'article 2, § 2. Lorsque ces faits sont de simples délits, qu'ils ont été commis par un ascendant sur ses enfants et que cet ascendant a subi deux condamnations de cette nature, on peut se demander si l'on devra appliquer l'article 1^{er}, § 3 ou l'article 2, § 2. La déchéance sera-t-elle obligatoire ou facultative ? La réponse n'est guère douteuse, le législateur n'a établi une catégorie spé-

1. S. 90. I. 281 ; D. 90. I. 233 ; Gaz. Pal. 90. I. 551.

ciale pour les délits mentionnés en l'article 2, § 2, qu'en raison de leur gravité; il a voulu que le coupable fût traité plus sévèrement que s'il avait commis d'autres délits; aussi dans le cas où les délits ordinaires entraînent la déchéance obligatoire, la loi n'a pu vouloir que la gravité de l'infraction soit une cause d'atténuation et n'expose l'ascendant condamné qu'à la déchéance facultative.

Les deux derniers cas de déchéance facultative sont ceux où elle est prononcée en dehors de toute condamnation; c'est d'abord le cas des père et mère dont les enfants ont été conduits dans une maison de correction par application de l'article 66 du Code pénal. La loi pense que les parents ont manqué de vigilance, qu'ils n'ont pas su donner à leurs enfants une éducation assez ferme pour leur empêcher de commettre des délits, et elle permet à la justice, en appréciant la responsabilité des parents, de prononcer contre eux, s'il y a lieu, la déchéance de la puissance paternelle.

Enfin, la grande innovation de la loi réside dans le § 6, de l'article 2, qui prévoit la déchéance contre :
« En dehors de toute condamnation, les père et mère
« qui par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite
« notoire et scandaleuse, ou par de mauvais traitements, compromettent, soit la santé, soit la sécurité,
« soit la moralité de leurs enfants. » Le législateur a pensé que les parents qui tombaient sous le coup des

lois répressives n'étaient pas les seuls coupables, il a voulu atteindre ceux qui sans troubler l'ordre public étalaient leurs vices au foyer domestique, qui en règle avec la société ne remplissaient pas tous leurs devoirs envers leurs enfants; il les déclare déchus de l'honneur de diriger l'éducation de leur famille.

Cette disposition de la loi de 1889 a été critiquée : on a fait observer à la Chambre des Députés combien il serait regrettable qu'un citoyen, jouissant de tous ses droits, électeur, éligible, ayant un casier judiciaire intact, pût être privé de toute autorité sur ses enfants. Si ce raisonnement avait été admis, il aurait fallu supprimer le projet et laisser la puissance paternelle s'exercer comme sous l'empire du Code.

Cependant les critiques formulées contre le § 6 de l'article 2, ont été, dans une certaine mesure, reconnues fondées par le gouvernement, car le Ministre de la Justice, dans une circulaire du 21 septembre 1889, a recommandé aux tribunaux la plus grande prudence dans l'application des deux dernières dispositions de l'article 2 de notre loi.

Les diverses juridictions ont pourtant appliqué assez fréquemment le § 6 de l'article 2, ce qui prouve combien la loi était nécessaire pour la protection des enfants maltraités. D'ailleurs les expressions « mauvais traitements » ne comprennent pas que les voies de fait et les violences; la loi entend protéger non seu-

lement la santé, mais aussi la moralité des enfants et les tribunaux sont autorisés à prononcer la déchéance de la puissance paternelle pour des mauvais traitements d'ordre purement moral. Une application de cette idée a été faite par un arrêt de la Cour d'Appel de Grenoble du 13 juillet 1892 : « Attendu que C..., condamné
« par la Cour d'assises de l'Isère, le 9 août 1888, pour
« attentat à la pudeur commis sans violence sur l'une
« de ses filles, à cinq années d'emprisonnement, subit
« sa peine dans la maison centrale d'Embrun; qu'il ne
« peut actuellement pourvoir à la nourriture, à l'entre-
« tien et à l'éducation des trois petites filles nées de
« son second mariage et qui sont âgées de cinq et de
« neuf ans;

« ... Attendu que des personnes charitables ont
« offert de placer à leurs frais ces trois petites filles
« dans une maison d'éducation où elles trouveraient
« tous les soins nécessaires, que la femme C... a con-
« senti, mais que C... refuse son consentement;

« Attendu que ce père, qui, dans l'impossibilité où
« il se trouve par sa faute de pourvoir aux besoins
« matériels et moraux de ses enfants, refuse sans mo-
« tif plausible de les tirer de la vie de misère et de
« privations où ils sont, et veut les maintenir dans un
« état où leur santé physique et morale doit nécessai-
« rement être atteinte, les traite mal au sens de l'ar-
« ticle 2, § 6, de la loi du 24 juillet 1889, et peut, dès

« lors, être déclaré déchu des droits de la puissance
« paternelle (1). »

L'espèce qui se présentait devant la Cour de Grenoble soulevait une autre question que les magistrats n'ont pas eu à résoudre, aucune partie n'ayant pris de conclusions sur ce point précis : le père avait été condamné pour un crime commis contre la personne d'un de ses enfants (art. 1^{er}, § 2 de la loi du 24 juillet) ; pouvait-il être déclaré déchu de plein droit de la puissance paternelle en vertu de la disposition précitée, bien que la condamnation eût été encourue le 9 août 1888, c'est-à-dire avant la promulgation de la loi sur la protection des enfants maltraités ou seulement abandonnés ? Il nous semble que la déchéance résultant de notre loi est une peine qui ne peut s'appliquer pour des faits commis antérieurement à sa mise en vigueur ; l'article 2 du Code civil édictant le principe de la non-rétroactivité des lois ne permet pas cette extension. Mais il suffit, pour que la déchéance puisse être prononcée, que la condamnation soit intervenue après la loi, quand même les faits poursuivis seraient antérieurs au 24 juillet 1889. En effet, la privation de la puissance paternelle résulte, non des faits eux-mêmes, mais de la condamnation.

La plupart des cas de déchéance sont ceux où une

1. D. 93. 2. 267.

condamnation a été prononcée par un tribunal de répression. Aussi la loi du 26 mars 1891 qui a permis aux juges de prononcer dans certains cas des condamnations sous condition suspensive a fait naître diverses difficultés pour l'application de la loi du 24 juillet 1889.

Supposons l'un des cas où une seule condamnation suffit pour motiver la déchéance, soit le dernier cas de l'article 1, § 2, et supposons que cette condamnation a été prononcée avec l'application du sursis. Si la déchéance est demandée, le tribunal ne pourra pas se refuser à l'accorder; la loi du 26 mars 1891 est formelle dans son article 2, § 2. Le père déchu dans ces conditions et qui aura mené pendant cinq ans une vie irréprochable, ne restera plus indigne alors que sa condamnation sera réputée non avenue (loi 26 mars 1891, art. 2, § 3).

Cependant il ne recouvrera pas ses droits de puissance paternelle par la seule échéance du terme, il devra s'adresser aux tribunaux pour être remis en possession de son autorité. Déchu en vertu d'une décision de justice, il ne peut être restitué que par une autre décision.

Nous avons envisagé un cas de déchéance obligatoire; lorsqu'elle est facultative le tribunal trouvera dans les raisons qu'il donnera à l'appui du sursis des motifs suffisants de décider qu'il n'y a pas lieu de

prononcer la privation des droits de puissance paternelle.

Considérons maintenant l'ascendant condamné avec application de la loi de sursis pour un délit dont la répétition est exigée au point de vue de la déchéance. Pendant cinq ans, il a une conduite qui ne donne lieu à aucune poursuite ; sa condamnation tombe entièrement. Mais il retombe plus tard dans de nouveaux écarts et il est de nouveau condamné. Si la déchéance est demandée, le tribunal pourra-t-il déclarer qu'il y a eu deux condamnations et faire droit à la demande ? Il y a un fait grave dans la répétition du délit, et c'est précisément ce retour au vice que le législateur a craint pour les enfants. Cependant, au point de vue juridique, il n'y a qu'une condamnation, et les dispositions qui prononcent des déchéances sont toujours exceptionnelles et doivent être interprétées d'une façon restrictive.

§ 3. — *Organisation de la tutelle.*

Lorsque la déchéance a été prononcée contre le père ; que l'autorité de la mère a été écartée en même temps que celle de son mari, il faut pourvoir au placement des enfants ; il ne suffit pas de les enlever à leurs parents, il faut encore leur donner un protecteur pour remplacer celui qui fait défaut.

La meilleure solution, celle que la loi recommande, est la constitution d'une tutelle dans les termes du droit commun; il est toujours préférable de laisser l'enfant à sa famille, il y trouvera une éducation normale, celle qui lui sera le plus utile. Si donc le tribunal a les éléments nécessaires pour constituer cette tutelle, il devra le faire. Les tuteurs nommés en vertu de la loi de 1889 diffèrent des autres à plusieurs points de vue; on a rendu leur mission moins onéreuse. Le législateur dans son désir de voir des parents ou des amis réclamer la tutelle s'est efforcé de rendre leur tâche moins lourde; les tutelles à constituer en vertu de la nouvelle loi peuvent être très nombreuses, et il ne fallait pas décourager les bonnes volontés.

En premier lieu, la personne désignée pour gérer la tutelle n'est pas tenue d'accepter cette charge, elle peut la refuser sans donner aucun motif à l'appui de son refus.

Ensuite, ceux qui ont accepté une tutelle remplissent leurs fonctions sans que leurs biens soient grevés de l'hypothèque légale du mineur.

Cependant, si tel est le principe, ce principe n'est pas absolu; il peut y être dérogé lorsque le mineur possède des biens ou qu'il est appelé à en recueillir, le tribunal a la faculté d'ordonner la constitution d'une hypothèque générale ou spéciale sur les biens du tuteur jusqu'à concurrence d'une somme déterminée.

C'est le jugement qui établit l'hypothèque, il n'y a pas lieu de recourir à d'autres formalités que l'inscription sur les registres du conservateur en vertu du jugement. Cette hypothèque n'est pas en tout semblable aux hypothèques judiciaires, car elle ne peut être générale ; mais elle leur ressemble en ce qu'elle est soumise à la nécessité de l'inscription et du renouvellement, en ce qu'elle n'a d'effet que pour la somme portée au jugement, en ce qu'elle ne prend rang qu'à compter de son inscription.

Si la tutelle ne peut pas être organisée dans les termes du droit commun elle passe à l'assistance publique. Cette dévolution a lieu sans qu'il soit besoin d'une décision de justice ; dès que la déchéance est prononcée, et s'il n'est pas constitué de tutelle, l'assistance publique est de plein droit substituée aux parents déchus. Les personnes chargées de s'occuper spécialement de la tutelle de ces enfants moralement abandonnés sont, en province, les inspecteurs départementaux des enfants assistés, et à Paris, le directeur de l'administration générale de l'assistance publique. Les enfants ainsi pourvus d'un protecteur peuvent être confiés à des établissements charitables ou à des particuliers, tous les droits restant d'ailleurs à l'assistance publique.

Les établissements ou associations de bienfaisance ne peuvent demander, après la déchéance encourue par les parents, que des droits leur soient conférés sur la per-

sonne des enfants; ils ne peuvent qu'en être les gardiens par délégation de l'assistance publique qui reste maîtresse de les leur enlever à tout moment.

Un particulier, au contraire, peut acquérir le droit de garder les enfants; lorsqu'il a eu un enfant chez lui pendant trois ans, il est admis à demander qu'il lui demeure confié, en déclarant qu'il consent à remplir envers lui les obligations du tuteur officieux. Cette demande peut aussi se produire pendant l'instance en déchéance, le tribunal statue après s'être entouré de tous les renseignements sur la moralité du réclamant. Cette sage disposition permet à ceux qui veulent témoigner quelque intérêt à des enfants moralement abandonnés de les recueillir sans assumer les charges de la tutelle.

La tutelle même déférée à l'assistance publique ne comprend pas les droits des parents quant au consentement au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse et à l'émancipation. Ces droits sont dévolus aux personnes ou aux autorités qui en jouiraient après le décès des parents déchus; nous remarquons encore là une tendance du législateur à sortir le moins possible du droit commun.

Si le père est privé par la déchéance des droits qui lui appartenaient, il n'est pas délié de ses obligations.

La loi n'a pas eu pour but de désagréger la famille, elle a cherché uniquement à soustraire l'enfant aux

mauvaises influences ; mais le père ne peut pas par son inconduite s'affranchir de ses devoirs envers ses enfants. L'article 12 de notre loi exige que les tribunaux prononcent par une disposition spéciale sur la pension qui devra être payée par les ascendants tenus de fournir des aliments. Si les parents sont dans l'indigence, le jugement énoncera qu'il ne pourra pas être réclamé de pension.

§ 4. — *Restitution de la puissance paternelle.*

Le père qui a été privé de la puissance paternelle n'est pas irrémédiablement déchu. Il peut s'adresser à la justice pour être réintégré dans ses droits. La restitution de la puissance paternelle a été entourée de nombreuses garanties, elle ne peut être accordée qu'à bon escient. D'abord, si la déchéance a été prononcée en vertu d'une condamnation, le père n'est pas admis à faire une demande en restitution avant sa réhabilitation obtenue conformément aux articles 619 et suivants du Code d'instruction criminelle ; au cours de la discussion, un député avait demandé que le père réclamant sa réhabilitation pour être restitué dans la puissance paternelle ne fût pas astreint aux obligations de résidence de l'article 621 C. I. Crim. ; cet amendement n'a pas été adopté.

La demande en restitution ne peut être formée

que trois ans après que le jugement prononçant la déchéance est passé en force de chose jugée. La procédure à suivre pour la restitution est celle qui est indiquée pour la déchéance ; toutefois, l'avis du conseil de famille est obligatoire. La demande en restitution ne peut être formée qu'une fois ; si elle est rejetée il ne peut pas en être fait une seconde. Cette disposition ne s'applique évidemment qu'au cas où la demande n'a pas été accueillie au fond, et non à celui où elle a été déclarée non recevable.

Cette dernière rigueur n'atteint pas la mère qui peut, après la dissolution du mariage, réintroduire une demande qui a été déjà une fois rejetée.

SECTION III

Procédure.

La procédure à suivre pour la déchéance de la puissance paternelle a été organisée par la loi du 24 juillet 1889. Cette procédure spéciale doit être rigoureusement suivie ; le législateur qui l'a imposée a voulu qu'elle servît à protéger ceux que la déchéance menace, et il l'a établie d'une façon telle qu'il fût impossible de prononcer une déchéance en l'absence de motifs vraiment graves et bien justifiés. La privation de la puissance paternelle a un caractère de peine,

et une peine ne peut être prononcée régulièrement que si les formes de procédure prescrites ont été scrupuleusement observées. Les tribunaux doivent d'autant plus tenir la main à l'observation de ces formes en notre matière qu'elles ont pour but d'éviter des débats scandaleux qui auraient pu troubler inutilement les familles.

D'après la jurisprudence, non seulement la procédure créée par la loi du 24 juillet doit être suivie dans une demande en déchéance basée sur cette loi, mais encore dans toute demande de restriction de la puissance paternelle. Le tribunal saisi d'une demande tendant à enlever à un père la garde de son enfant, ne sera régulièrement saisi que par un mémoire adressé au président de ce tribunal ; si la demande est formée par voie d'assignation au principal ou d'assignation en homologation d'une délibération du conseil de famille, le tribunal pourra déclarer l'action non recevable ; il ne sera pas tenu d'examiner la question de savoir si, après la promulgation de la loi du 24 juillet 1889, les magistrats conservent encore le droit de prononcer la déchéance de partie seulement des attributs de la puissance paternelle. Un arrêt de la Cour d'Appel de Poitiers en date du 21 juillet 1890 a nettement admis ces principes : des grands-parents réclamaient la garde de leur petit-fils à leur gendre destitué de la tutelle. Sur cette demande, la Cour dit :

« Attendu que la demande incidente tendant à ce que
« la garde et la surveillance de l'enfant soient enle-
« vées au père pour leur être confiées à eux-mêmes,
« et au cas de décès, au survivant d'eux, est mal
« intervenue, au motif justement relevé par le tribu-
« nal que la doctrine sur laquelle cette demande est
« fondée se trouve aujourd'hui en opposition avec
« la loi du 24 juillet 1889, laquelle a institué les
« seules règles de fond et de procédure qui puissent
« être désormais suivies pour soustraire l'enfant aux
« abus de la puissance paternelle. » La même théorie
est admise par un jugement du Tribunal civil de Saint-
Quentin du 27 décembre 1889 (1).

Les articles 3 à 7 de la loi décrivent la procédure à suivre : l'action ne peut être formée que par des parents de l'enfant au quatrième degré ou à un degré plus rapproché, ou par le ministère public. Ce dernier était naturellement désigné pour veiller aux mesures que comporte l'intérêt des enfants; grâce à lui, un parent d'un degré trop éloigné pour intenter la demande, un étranger qui s'intéresse à l'enfant pourra arriver à faire prononcer la déchéance en adressant une plainte au Procureur de la République. Souvent aussi des parents ne se soucieraient guère d'entamer un procès, de se créer des tracass et resteraient indiffé-

1. Gaz. Pal. 90. I. 175.

rents, tandis qu'ils n'hésiteront pas à signaler au Procureur de la République les faits graves qui nécessitent l'intervention de la justice. Il arrivera aussi que les parents seront des gens sans moralité, comme le père, ce sera encore un cas où le ministère public devra agir; son droit de demander la déchéance est donc pleinement justifié et sera le plus souvent très utile.

La demande est formée par un mémoire détaillé et explicatif adressé au président du tribunal du domicile du père ou de la mère; ce mémoire est notifié à l'ascendant dont la déchéance est demandée. La notification doit être faite au début de l'instance, elle a pour but de mettre l'ascendant en demeure de se défendre; toute la procédure qui interviendrait avant la signification du mémoire serait frappée de nullité. Il n'y a pas lieu de raisonner par analogie de ce qui se passe en matière d'interdiction.

Si l'article 4 renvoie aux articles 892 et 893 du Code de procédure civile, c'est à titre complémentaire; mais la procédure n'est pas absolument semblable, ainsi la convocation du conseil de famille n'est pas nécessaire dans une demande en déchéance de la puissance paternelle, elle est essentielle dans une demande en interdiction. Il n'y a pas non plus les mêmes raisons de décider : celui dont l'interdiction est demandée n'est peut-être pas très apte à se défendre.

dre lui-même. On ne le met en cause que lorsque l'avis du conseil de famille a déjà éclairé le tribunal; rien ne s'oppose, au contraire, à ce que le père soit prévenu dès le début de l'instance, il est capable et se défendra seul. Il a intérêt à connaître et à contredire, s'il y a lieu, les mesures provisoires qui pourront être demandées. D'ailleurs, la place même qu'occupe dans l'article 4 la notification indique que la loi l'exige pour engager l'instance; un arrêt de la Cour d'Appel d'Angers du 28 mars 1891 adopte cette doctrine par les considérations suivantes : « Attendu qu'aux termes de « l'article 4 de la loi du 24 juillet 1889, la convoca-
« tion du conseil de famille reste facultative pour le
« tribunal; qu'il suit de cette disposition la démon-
« stration évidente que, conformément d'ailleurs, au
« respect des droits de la défense, le père, dont la
« déchéance est poursuivie, doit être mis en demeure
« par la notification du mémoire renfermant la demande
« en déchéance de la puissance paternelle de présen-
« ter sa défense au tribunal dès le moment où celui-
« ci est saisi, afin que le tribunal puisse décider en
« toute connaissance de cause si précisément il y a,
« ou non, lieu pour lui, soit de prononcer *de plano*,
« soit de prescrire une mesure d'instruction et notam-
« ment la convocation du conseil de famille... Attendu
« que le but même que s'est proposé la loi de 1889
« indique suffisamment, d'ailleurs, qu'il est désirable

« que le débat soit contradictoire à chaque phase de la
« procédure et que l'organisation de celle qui doit
« être suivie, même lorsque la déchéance est mise en
« mouvement par le ministère public, révèle suffisam-
« ment la volonté du législateur à cet égard (1). »

Les débats ont lieu dans la Chambre du Conseil, où les parties doivent être assistées d'un avoué. La loi de 1889 renvoie à la procédure usitée en matière d'interdiction ; cependant le tribunal n'est pas tenu de prendre l'avis du conseil de famille. Un juge est désigné pour présenter son rapport ; le ministère public est entendu, qu'il soit partie principale ou partie jointe. Conformément au principe de la publicité de la justice, le jugement qui statue sur la demande doit être prononcé en audience publique. Il faut en dire autant des jugements avant dire droit qui peuvent être rendus au cours de l'instance. Le jugement qui prononce la déchéance peut être déclaré exécutoire par provision, le tribunal peut estimer que le séjour plus prononcé de l'enfant chez son père présente un danger très grave ; il peut craindre un enlèvement qui s'opérerait à la faveur d'un appel ou d'une opposition purement dilatoire.

Les jugements prononçant la déchéance de la puissance paternelle peuvent, lorsqu'ils ont été rendus par

1. D. 92. 2. 57 ; *France judiciaire*, 252. 2. 1891.

défaut, être attaqués par la voie de l'opposition ; le défendeur a pour user de ce recours un délai de huit jours à compter de la notification si elle a été faite à personne et d'un an si la notification a été faite à domicile. Lorsqu'il intervient sur l'opposition un nouveau jugement par défaut, une nouvelle opposition n'est plus recevable.

Le délai de l'appel des jugements rendus en vertu de la loi du 24 juillet 1889 est de dix jours ; il court à compter du jugement s'il est contradictoire, à compter du jour où l'opposition n'est plus recevable s'il a été rendu par défaut. L'article 7 de notre loi qui fixe les délais de l'appel reproduit ceux indiqués par l'article 203 du Code d'instruction criminelle. Devra-t-on dire qu'il s'agit d'une procédure analogue à celle de l'appel des jugements de police correctionnelle ? Devra-t-on appliquer l'article 203 C. I. Crim., et suffira-t-il de faire au greffe du tribunal qui a rendu la décision une déclaration d'appel ? Devra-t-on au contraire se conformer à l'article 456 du Code de procédure civile ? La question s'est déjà posée depuis la promulgation de notre loi. La Cour d'appel de Besançon a rendu le 29 novembre 1893 un arrêt qui statue sur ce point particulier dans les termes suivants :

« Attendu que L... a été déchû de la puissance paternelle sur l'action intentée par le ministère public et
« par jugement contradictoire du Tribunal civil de

« Besançon du 11 août 1892 ; qu'il a formé appel de
« ce jugement par une déclaration au greffe à la date
« du 18 août, mais qu'il s'est abstenu ensuite de toute
« diligence pour faire juger l'appel et qu'il a disparu.

« Sur la non-recevabilité de l'appel : Attendu que
« la loi du 24 juillet 1889 (art. 7) fixe à dix jours le
« délai d'appel après un jugement rendu en matière
« de déchéance de la puissance paternelle, mais ne
« contient aucune disposition spéciale relativement à
« la forme de cet appel, d'où l'on doit conclure que
« s'agissant d'une instance purement civile, puisqu'elle
« est introduite devant la Chambre du Conseil du tri-
« bunal civil, c'est l'article 456 C. pr. civ. qui est à
« observer en cette matière ; attendu que l'appel de
« L.... formé par simple déclaration au greffe, et non
« signifié à la partie, qui en était l'objet, est donc
« irrégulier ;

Par ces motifs,...

« Le déclare non recevable en son appel » (1).

La Cour donne à l'appui de sa décision cette raison
que l'instance est engagée devant un tribunal civil ;
mais elle peut l'être devant une juridiction de représen-
tation, c'est ce qui résulte du second alinéa de l'arti-
cle 9. Le motif invoqué par la Cour de Besançon
n'existera plus. Cependant nous croyons que les for-

1. Gaz. Pal. 94. 1. 68.

mes de l'appel devront, en ce qui concerne la déchéance, être celles de l'article 456 C. proc. civ., même lorsque la décision émanera d'un tribunal correctionnel; car l'instance reste civile pour ce qui est l'application de la loi du 24 juillet; il s'agit toujours, quelle que soit la juridiction qui prononce, non d'une peine répressive à infliger, mais d'une modification dans l'exercice de certains droits civils, d'un changement dans la constitution de la famille; ce sont là objets de pur droit privé. Nous déciderons donc que toute instance ayant pour but d'arriver à la déchéance de la puissance paternelle est civile et que l'on devra suivre les règles établies par le Code de procédure civile lorsque la loi de 1889 ne prescrit rien de contraire. Ainsi, le pourvoi en cassation devra être formé dans les deux mois de la signification de la décision, au moyen d'une requête signée d'un avocat à la Cour de Cassation et déposée au greffe de la Cour de Cassation avec une quittance de consignation d'amende : Cass., 23 février 1891 (1).

Nous avons dit plus haut que la déchéance pouvait être prononcée par une juridiction répressive en vertu du second paragraphe de l'article 9. Dans ce cas tous les renseignements nécessaires pour éclairer la religion des magistrats seront fournis par le dossier de

1. Gaz. Pal. 91. I. 320.

l'accusation; les débats seront forcément publics. Il n'y a plus les mêmes raisons pour exiger le silence que dans le cas d'une instance civile. La juridiction répressive n'est d'ailleurs admise à statuer sur la déchéance que parce qu'elle est saisie d'une poursuite; elle doit résoudre les deux questions en même temps et ne pourrait par exemple prononcer une peine et renvoyer le litige sur la déchéance à une audience ultérieure en prescrivant des mesures d'information. Si la question de déchéance n'est pas tranchée par la décision qui intervient sur la poursuite, la seule juridiction compétente est désormais la Chambre du conseil du tribunal du domicile du père ou de la mère.

D'ailleurs, lorsqu'un tribunal répressif statue sur la déchéance, il peut également prononcer sur les droits à accorder à la mère, sur l'intervention d'un tiers dans les termes de l'article 13, dire que la tutelle sera organisée conformément au droit commun ou la confier à l'assistance publique.

SECTION IV

Le contrôle des tribunaux sur l'exercice de la puissance paternelle depuis la loi du 24 juillet.

La loi de 1889 ayant ainsi organisé la déchéance de la puissance paternelle, il se pose la question de savoir

si désormais il ne pourra exister à l'autorité du père de restrictions autres que celles prévues à la nouvelle loi. Les tribunaux conservent-ils sur l'exercice de la puissance paternelle le droit de contrôle qui leur était reconnu avant 1889 par une jurisprudence constante?

Il y a d'abord un point sur lequel tout le monde est d'accord. On admet généralement que les tribunaux ont le droit de régler les visites des enfants à leurs grands-parents; si l'autorité du père est absolue, les magistrats sont cependant maîtres de décider, en cas de conflit entre le père et l'aïeul, dans quelles conditions les relations et notamment les visites entre les grands-parents et leurs petits-enfants peuvent être autorisées; ils doivent d'ailleurs tenir compte dans une très large mesure des droits du père. Ces principes sont aujourd'hui certains, et parmi de nombreuses décisions de jurisprudence, l'arrêt de la Chambre des requêtes du 12 février 1894 est formel :
« Attendu que si, lorsqu'il s'agit de la garde de ses
« enfants mineurs, le droit du père est absolu, et s'il
« consiste non seulement à avoir ses enfants auprès de
« lui dans la maison paternelle, mais encore à refu-
« ser de les confier pendant un temps plus ou moins
« long à tout autre personne, ce droit reçoit momenta-
« nément exception quand il s'agit des visites dues par
« les enfants à leurs grands-parents;... qu'à cet égard

« les tribunaux ont un pouvoir régulateur pour fixer
« les conditions de ces visites et concilier les exigen-
« ces des articles 372 et 374 avec la prescription non
« moins impérative de l'article 371 (1); »

Sur la question générale du contrôle, la jurisprudence et la doctrine ne sont pas d'accord. Les tribunaux estiment que la déchéance prononcée actuellement ne peut être que totale.

Ils s'appuient sur cette idée que la loi de 1889 a accompli en notre matière une innovation radicale ; elle a, disent-ils, fait table rase de tout ce qui existait auparavant, et elle a établi de nouveaux principes qui désormais sont les seuls à suivre ; or, la loi est formelle et ne parle que de déchéance totale. D'ailleurs les travaux préparatoires donnent raison à leur théorie. Le projet primitif comportait une déchéance à la fois facultative et partielle dans l'article 2 ; sur les observations du Conseil d'Etat et du conseil supérieur de l'assistance publique, le gouvernement ne laissa plus subsister que la déchéance totale, obligatoire dans l'article 1, facultative dans l'article 2. C'est en cet état que le projet fut présenté à la Chambre ; sur l'article 2 un député proposa un amendement rétablissant la déchéance partielle, cette modification fut repoussée. Voilà bien, dit-on, la preuve de la volonté du législateur.

1. *Gaz. Pal.* 94. I. 256.

On reprend aussi un raisonnement fait lors de la préparation de la loi, et on dit que la déchéance partielle ne se comprend pas, car il est impossible d'être père à moitié, au tiers ou au quart.

Enfin, les décisions qui statuent ainsi ajoutent que la jurisprudence antérieure à la loi de 1889 était peu juridique et arbitraire. La Cour de Poitiers a adopté cette théorie dans son arrêt du 21 juillet 1890 ainsi conçu : « Attendu qu'il est certain que la loi précitée
« (24 juillet 1889) est introductive d'un droit nouveau
« qui modifie sur des points essentiels les principes
« admis jusqu'à ce jour sous l'empire du Code civil ;
« qu'elle autorise en effet les tribunaux, ou les oblige,
« selon les cas, à prononcer contre les père et mère
« indignes la déchéance des droits de la puissance
« paternelle, en spécifiant que cette déchéance ne peut
« être que générale et pour la totalité des droits ;
« qu'elle dénie et retire ainsi aux juges le droit de
« toucher à l'exercice de la puissance paternelle, pour
« seulement le restreindre ou le modifier suivant la
« diversité des espèces et la variété des intérêts.

« Attendu que ces nouvelles dispositions législatives
« emportent virtuellement abrogation de toutes dispositions contraires et incompatibles » (1).

En dehors de cette décision il est intervenu sur la question et dans le même sens un arrêt de la Cour

1. D. 91. 2. 73; *Gaz. Pal.* 90. 2. 184.

d'Agen du 6 novembre 1889 (1) et deux jugements l'un du Tribunal de Saint-Quentin du 27 décembre 1889 (2), l'autre du Tribunal de Toulouse du 3 juillet 1890 (3).

En sens contraire on ne peut citer qu'un jugement du Tribunal civil de Saint-Denis (Réunion) du 7 mars 1893 (4).

Quant à la doctrine, elle soutient avec énergie que le droit de contrôle des tribunaux subsiste après la loi de 1889 ; l'interprétation qui était reconnue par la Cour de Cassation conforme à la morale et à la loi ne leur est pas devenue contraire depuis la promulgation de la loi sur la protection des enfants.

Il est certain que le législateur a repoussé la déchéance partielle, mais il est non moins certain qu'il n'a pas formellement condamné la jurisprudence ; il l'a seulement trouvée insuffisante et a voulu donner aux tribunaux de meilleures armes. Est-ce à dire qu'il a voulu leur retirer les anciennes ? Il est facile d'expliquer autrement le refus d'insérer dans la loi une déchéance partielle ; il était en effet presque impossible de régler d'une façon complète des situations qui varient à l'infini et qui, chacune, exigent une solution différente ; on a pu craindre d'enfermer les tribunaux dans

1. S. 90. 2. 132 ; D. 90. 2. 25.

2. Gaz. Pal. 90. I. 175.

3. S. 91. 2. 17 ; *Gaz. Midi*, 27 juillet 1890.

4. *Gazette des Tribunaux*, 25 mai 1893.

des limites trop étroites et on a préféré leur laisser davantage de liberté pour modifier leur décisions selon les nécessités de chaque espèce. Tout est, en cette matière, affaire d'appréciation, les tribunaux ont à considérer non-seulement la nature et la gravité des faits reprochés au père, mais encore sa position sociale, sa fortune, l'avenir auquel est appelé l'enfant. Le législateur a parfaitement pu vouloir laisser à la justice le soin de régler l'exercice de la puissance paternelle lorsqu'il s'agissait d'enlever au père quelques-uns des attributs de son autorité, sans qu'il soit pour cela un père indigne. Les tribunaux ne pouvaient pas trouver dans le Code civil le droit de prononcer contre les ascendants une déchéance totale, infamante; et c'est précisément l'utilité de la loi de 1889 d'avoir permis aux tribunaux d'édicter, dans des cas graves et limitativement déterminés, la mesure rigoureuse de la déchéance totale.

Ce système de la doctrine est encore fortifié par toutes les considérations d'utilité pratique invoquées par les tribunaux avant 1889, par la nécessité de protéger l'enfant. Si l'on objecte qu'il y a désormais une loi pour assurer cette protection, nous répondrons qu'il serait fâcheux pour l'enfant de placer les tribunaux dans l'alternative de prononcer la déchéance complète ou de laisser subsister la puissance paternelle toute entière. Dans beaucoup de cas l'enfant serait moins pro-

tégé depuis la loi qu'avant la promulgation ; ainsi dans l'espèce résolue le 3 juillet 1890 par le tribunal de Toulouse on reprochait au père, docteur en médecine, d'infliger de trop violentes punitions corporelles à son fils ; avant la loi, on l'aurait certainement privé du droit de garde. Mais le tribunal jugeait après 1889, il a pensé qu'il n'y avait pas de mauvais traitements suffisants pour motiver la déchéance totale et n'a pas cru pouvoir enlever le fils à la garde de son père.

L'argument qu'on ne saurait être père pour partie ne nous arrête pas plus que les autres ; la qualité de père est indivisible, nous ne songeons pas à le contester, mais il n'en est pas de même de l'exercice de la puissance paternelle qui se conçoit parfaitement divisible ; n'y a-t-il pas en cas de tutelle conférée à un autre que le père ou la mère survivant division des attributs de la puissance paternelle, l'administration des biens d'un côté, celle de la personne de l'enfant de l'autre ? Le droit de contrôle des tribunaux ne tend pas à priver le père de sa qualité de père, il modère l'exercice de ses droits, empêche les abus ; quand il s'exerce, il prive le père en fait, non en droit.

D'ailleurs la division des divers attributs de la puissance paternelle est-elle si étrangère à notre loi de 1889 ? En a-t-elle fait un bloc indivisible de telle sorte qu'aujourd'hui tous les droits doivent appartenir à une même personne ? Mais dans ses articles 11, 13, 17 et

20, la loi prévoit expressément la division; les droits de garde et d'éducation appartiennent à des particuliers ou à des établissements charitables; les autres droits restent aux parents ou à l'assistance publique.

La loi de 1889 n'a pas abrogé l'article 240 du Code civil, ni l'article 302, ni l'article 391, qui prévoient des cas où les droits relatifs à l'enfant sont partagés entre plusieurs personnes. Nous devons dire qu'elle n'a pas davantage abrogé les principes en vertu desquels les tribunaux se reconnaissaient avant 1889 le droit de contrôler l'exercice de la puissance paternelle et de priver les parents en cas de nécessité de quelques-unes de leurs prérogatives.

CHAPITRE III

DES DIVERSES RESTRICTIONS QUI PEUVENT ATTEINDRE LA PUISSANCE PATERNELLE

SECTION I

Destitution de tutelle.

La destitution de la tutelle offre de grandes analogies avec la déchéance de la puissance paternelle (1); elle peut frapper les gens d'une inconduite notoire, ceux-là mêmes qui sont visés par le § 6 de l'article 2, dans la loi du 24 juillet 1889. Cependant la destitution prononcée contre le père ou la mère exerçant la tutelle aura des effets moins étendus que la déchéance de la puissance paternelle. Le parent (père ou mère) tuteur possède à ces deux titres divers droits : il administre les biens du mineur, il administre sa personne, enfin il a un droit de jouissance légale.

Examinons quel est l'effet de la destitution au point

1. Cass., 15 mars 1864 (S. 64, 1, 255. *J. du P.*, 1864, 972).

de vue de ces divers droits. Le parent destitué de la tutelle perd-il son usufruit légal? Trois arrêts de la Cour d'appel de Limoges, des 16 juillet 1807, 2 avril 1810 et 23 juillet 1824 (*J. du P.*, 1864, p. 967 note), décident dans le sens de l'affirmative; cette doctrine est également professée par divers auteurs : Proudhon, *Usufruit*, t. I, n. 146; Vazeille, *Mariage*, t. II, n. 431; Chardon, *Dol et fraude*, t. II, n. 328. Dans ce système, on prétend être d'accord avec l'esprit de la loi qui ne veut pas voir la mère impudique mieux traitée que celle qui se remarie, et cela souvent dans l'intérêt de ses enfants; l'on repousse l'accusation d'étendre à un cas non prévu la peine de l'article 386, C. civ., en disant que la privation du droit d'usufruit légal n'est pas une peine; toute peine suppose une faute et on ne saurait en voir une à la charge de la femme qui se remarie; il y a là, dit-on, une mesure de précaution prise par la loi pour éviter que les revenus des enfants ne soient détournés de leur véritable destination.

La Cour de Cassation, avec elle de nombreuses Cours d'appel et la plupart des auteurs décident au contraire que le parent destitué de la tutelle conserve la jouissance légale; dans cette doctrine, on considère la privation de notre droit comme une peine qui ne peut être prononcée en l'absence d'un texte, ni étendue par analogie d'un cas à un autre : Aix, 30 juillet 1813;

Besançon, 1^{er} août 1844 (*J. du P.*, 1845, t. I, p. 678); Lyon, 4 juin 1878 (S. 78, 2, 3. D. 79, 2, 167); Cass., 19 avril 1843 (*J. du P.*, 1843, t. I, p. 622); Marcadé, t. II, *sur l'article 386*, n. 6; Toullier, t. II, n. 1062; Duranton, t. III, n. 388; Magnin, *Minorité*, t. I, n. 307; Taulier, t. I, p. 497; Demante, *Cours anal.*, t. II, n. 131 *bis*, IV; Demolombe, t. VI, n. 565, p. 452; Salviat, *Traité de l'usufruit*, t. II, n. 68; Aubry et Rau, t. VI, § 550 *bis*, p. 92, note 39.

Nous pensons selon l'opinion commune qu'en l'état actuel de la législation le parent destitué pour conduite notoire conservera son droit de jouissance légale, et alors se pose la question de savoir qui administrera les biens du mineur ; nous trouvons les dispositions de la loi en conflit, d'un côté les articles 578 et 453 du Code civil, résolvent la difficulté au profit du parent, tandis que d'un autre côté, l'article 450 est favorable au tuteur. Il existe un arrêt qui a accordé l'administration à la mère destituée, par ce motif qu'elle conservait le droit de jouissance sur les biens du mineur : Besançon, 1^{er} août 1844, cité *supra*. D'autres décisions estiment que notre question doit être résolue en fait, et qu'on pourra laisser l'administration au parent destitué lorsqu'il n'y a pas à craindre pour les intérêts du mineur, et sauf à provoquer la déchéance de l'administration dans les termes de l'article 618 Code civil, lorsqu'il y a abus de jouissance : Montpellier, 25 août

1864 (S. 64, 2, 225. *J. du P.*, 1864, 967) ; Cass. 19 avril 1843, précité. Enfin un arrêt de la Cour d'appel de Riom décide que l'administration des biens appartient toujours au tuteur ; nous nous rallions à cette doctrine. La gestion de la fortune du mineur est de l'essence de la tutelle, tandis que la loi prévoit dans certains cas la situation d'un usufruitier qui n'administre pas les biens soumis à son droit ; d'ailleurs, le droit du mineur aux revenus de ses biens est principal et certain, celui de l'usufruitier légal n'est qu'accessoire et éventuel, il est beaucoup plus logique d'obliger le tuteur à verser l'excédant des revenus dans les mains du parent que de le contraindre à intenter un procès contre ce même parent pour subvenir à l'entretien de son pupille. Enfin, les intérêts du mineur sont pleinement sauvegardés par l'hypothèque légale qui pèse sur les biens du tuteur ; si, au contraire, le parent destitué administre les biens, le mineur n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son père ou de sa mère puisqu'ils ne sont pas tuteurs, il n'en a pas davantage contre son tuteur puisque celui-ci n'administre pas ; enfin, l'article 601, Code civil, ne permet pas d'exiger une caution du parent usufruitier légal, de sorte que les intérêts de l'enfant pourront être compromis sans aucun remède par le père ou la mère destitué de la tutelle, c'est-à-dire fort suspect.

Quant à l'administration de la personne, elle sera

souvent retirée au parent destitué de la tutelle ; nous avons examiné ce sujet à la fin de notre chapitre premier, et nous avons admis que la destitution de tutelle n'emportait pas à elle seule privation pour le père ou la mère de ses droits de garde ou d'éducation ; si la destitution est prononcée pour incapacité, il n'en résulte pas nécessairement que le destitué ne puisse élever honnêtement son enfant ; mais quand il ne reste chargé que de l'administration de la personne, il n'est pas tuteur ; nous ne croyons pas devoir admettre avec l'arrêt de la Cour de Cassation du 14 décembre 1863 (*J. du P.*, 1864. 113) qu'il puisse y avoir dans notre droit deux tuteurs, soumis à toutes les charges que comporte ce titre, et chargés l'un de la garde de la personne, l'autre de l'administration des biens ; ce dernier seul est tuteur, l'autre agira, selon les circonstances, soit en vertu de son droit de puissance paternelle, soit en vertu de la délégation qui lui aura été faite de ce droit.

SECTION II

La puissance paternelle après le divorce.

Les déchéances que nous venons d'examiner ne sont pas les seules qui puissent atteindre les parents. Le divorce en entraîne d'autres ; le mariage étant dissous

et les époux vivant désormais séparément, il ne peut plus être question de l'application de l'article 373 du Code civil.

La loi a réglé le sort des enfants en ce qui touche le droit de garde. L'enfant est confié en principe à l'époux qui obtient le divorce ; les tribunaux peuvent cependant décider que l'enfant dans son intérêt sera remis aux soins de l'autre époux ou d'un tiers. Cette décision ne peut être prise d'office, elle doit être provoquée par une demande du ministère public ou de la famille. On discute sur l'interprétation à donner à ce dernier mot. Les uns soutiennent que le droit d'agir n'appartient qu'au conseil de famille, seul représentant autorisé des intérêts de l'enfant ; d'autres auteurs prétendent qu'il faut en cette matière accorder plus largement le droit d'action, chaque parent a intérêt à ce que l'enfant ait une bonne éducation ; il ne faut pas que son initiative soit arrêtée par l'inertie des autres membres de la famille. Nous adoptons ce dernier système qui répond le mieux au besoin de protection de l'enfant et qui se concilie parfaitement avec le texte de l'article 302.

Le droit de garde ainsi réglé, l'article 303 ajoute que les père et mère conservent respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants.

Voilà pour les points certains ; la loi n'en dit pas davantage et ne décide pas la question de savoir à qui

passeront les autres attributs de la puissance paternelle. Pour nous, il y a lieu de distinguer entre les diverses prérogatives des parents.

D'abord les droits de consentir au mariage ou à l'émancipation resteront au père ; il n'y a aucune raison pour les lui retirer après le divorce.

Le droit de correction est un corollaire du droit d'éducation, il passera à celui qui a la garde de l'enfant et la charge de son éducation ; ce droit lui est nécessaire pour remplir ses obligations envers l'enfant. Si l'enfant est confié à un tiers, le droit de correction ne pourra pas appartenir à ce tiers ; il pourra alors être exercé par le père sur les plaintes que lui adresserait le gardien.

En ce qui concerne le droit de jouissance légale, nous avons un texte ; l'article 386 le retire à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, mais il ne dit pas à qui il passera. Supposons le divorce prononcé contre la mère, le père aura-t-il ce droit ? Mais l'article 384 Code civil ne le lui accorde que durant le mariage, et, après la dissolution, que s'il est survivant. Si le divorce a été prononcé contre le père, la mère ne devrait pas non plus, d'après la rigueur des textes, avoir le droit de jouissance légale qui ne lui est accordé que si elle est survivante et si elle n'a pas contracté de nouveau mariage. Nous déciderons donc qu'en cas de divorce, les enfants auront la pleine propriété de

leurs biens (1) ; c'est une juste compensation du dommage qu'ils auront à subir par suite de la séparation de leurs parents. On peut nous objecter que dans notre système, l'article 386 devient inutile ; cela est vrai, mais il n'y avait pas à retirer le droit de jouissance légale à des personnes qui n'y avaient droit, ni d'après les principes généraux, ni en vertu d'un texte formel. D'ailleurs il convient de remarquer que l'article 386 retrouve son application lorsqu'après le divorce l'époux innocent vient à décéder.

Comment, en cas de divorce, seront administrés les biens de l'enfant, qui exercera ses actions, c'est-à-dire qui aura l'administration légale ? Nous disons administration légale, car nous ne saurions nous rallier au système qui prétend qu'après le divorce des parents la tutelle des enfants est ouverte (2).

Cette opinion écartée, il reste encore trois théories différentes :

Premier système. — L'administration légale est partagée entre les conjoints comme la puissance paternelle dont elle est un des attributs. Il nous semble que si des époux divorcés sont capables de s'entendre au sujet des biens de leurs enfants, mus par l'affection qu'ils leur portent, ce sera là un cas exception-

1. *Contra.* Laurent, t. 3, n. 296, p. 341 et 342 ; Villequet, *Du divorce*, p. 270 et suiv.

2. Zachariæ, trad. Massé et Vergé, t. 1, p. 271 et note 12.

nel; en règle générale, nous verrons dans cette division une source de conflits regrettables qui seront surtout préjudiciables à l'enfant dont il s'agit de sauvegarder les intérêts.

Deuxième système. — L'administration légale continue d'appartenir au père, même lorsque la mère est gardienne.

Pour justifier cette solution on dit qu'aucun texte n'enlève au père cette administration et on ajoute qu'il y a là une charge dont le père ne peut être exonéré par sa faute. Tout en préférant ce système au précédent, nous trouvons injuste de priver la mère de veiller sur les biens de son enfant comme elle doit prendre soin de sa personne. Divorcée, elle est pleinement capable; chargée de la garde, elle a certainement intérêt à ce que les biens soient administrés d'une façon diligente, elle est mieux placée que personne pour intenter les actions qui appartiennent à l'enfant. D'ailleurs l'objection qui consiste à dire qu'aucun texte n'enlève l'administration au père ne peut pas porter; car le texte qui la lui accorde ne statue que pour la durée du mariage (art. 389); en dehors du mariage aucune disposition de la loi ne lui donnant un droit d'administration, il n'y est pas besoin d'un texte pour déclarer que le père n'a plus ce droit après le divorce.

Troisième système. — L'administration légale va

où va le droit de garde. D'après les raisons qui nous ont fait repousser le deuxième système, l'on doit voir que nos préférences sont pour ce troisième. Il est en effet logique d'accorder à la mère qui n'a pas démérité le droit de s'occuper de tout ce qui intéresse son enfant. C'est le système adopté par un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 15 décembre 1886 (1), statuant en ces termes :

« La garde des enfants mineurs issus du mariage
« d'époux divorcés que la justice attribue en vertu de
« l'article 302 du Code civil embrasse à la fois la
« garde de la personne physique de l'enfant et celle
« des droits qui peuvent lui appartenir, à moins que
« des dispositions particulières n'aient été prises en
« ce qui concerne l'administration des biens de l'en-
« fant... En conséquence, la mère divorcée a qualité
« pour actionner en dommages-intérêts, au nom de
« son enfant mineur, dont la garde lui a été confiée,
« l'auteur de l'accident arrivé à celui-ci. »

Nous ne pensons pas qu'il faille voir une raison de la recevabilité de l'action de la mère dans ce qu'elle intervenait à propos d'un fait concernant la garde de la personne de l'enfant; nous généralisons et nous disons que toujours la mère gardienne pourra agir au nom de son fils mineur.

1. Sirey, 88, 2, 217; Loi 29 janvier 1887; Pand. fr. 87. 2. 75.

Cependant nous ne pensons pas que son droit exclura absolument celui du père; en vertu de l'article 303 du Code civil le père conserve la surveillance de son fils, et il pourra d'après nous, en cas d'urgence, intenter au nom de son fils mineur une action en justice.

Les tribunaux ne pourraient se refuser à accueillir la demande, ils ne pourraient qu'ordonner la régularisation de la procédure par la mise en cause de la mère.

Nous estimons que le silence du Tribunal sur la question d'administration des biens devra être interprété en faveur de celui qui a la garde de l'enfant; mais nous pensons que les tribunaux peuvent statuer sur cette question et attribuer l'administration à la personne qui est le plus apte à gérer les biens au mieux des intérêts des enfants. Si le jugement ne peut résoudre d'office cette question, il pourra toujours le faire si des conclusions ont été prises par le ministère public ou par la famille, dans les conditions prévues par l'article 302 Code civil.

En cas de séparation de corps, le père contre qui elle est prononcée n'encourt pas de déchéance analogue à celle que nous avons examinée plus haut. Il peut perdre la garde de l'enfant, mais il conserve tous les autres droits; le mariage n'est pas dissous, ce qui entraîne comme conséquence la conservation par le père des droits de jouissance et d'administration légales.

D'ailleurs les mesures prises en vertu de l'article 302 et réglant le sort des enfants sont essentiellement provisoires ; le tribunal qui a prononcé le divorce ou la séparation peut toujours être saisi d'une demande tendant à les modifier. Et en cas de décès de l'un des ex-conjoints ou conjoints, la dévolution de la tutelle s'opère comme si l'union avait subsisté jusqu'à la fin sans aucun nuage. Le survivant des père et mère est dans la même situation que si le divorce ou la séparation de corps n'avaient jamais été prononcés, même s'ils l'ont été contre lui, à l'exception toutefois de la déchéance prononcée par l'article 386 du Code civil.

CHAPITRE IV

LÉGISLATION COMPARÉE.

Tous les pays civilisés se sont préoccupés de cette question de la protection de l'enfant, et beaucoup nous ont précédé dans la voie de la limitation de la puissance paternelle. Dans certains pays même, ceux de race anglo-saxonne, les mineurs jouissent d'une protection plus étendue que chez nous ; il existe, soit un tribunal des tutelles, soit un conseil des tutelles qui surveille les tuteurs. Leur contrôle s'étend aussi aux citoyens qui ont la puissance paternelle, et lorsqu'il y a lieu de pouvoir à la sécurité de l'enfant, nous les voyons presque toujours intervenir (1).

Certaines législations sur la déchéance de la puissance paternelle, contemporaines de notre loi, s'inspirant des mêmes sentiments, offrent avec elle de nombreux points de ressemblance. Ce sont celles des cantons de Neuchâtel et de Genève.

1. Voir sur ce sujet l'étude de M. Pradines, dans le *Bulletin de la société de législation comparée*, t. 9, p. 113 et suiv.

A Neuchâtel, la loi du 23 mars 1889, sur l'assistance publique et sur la protection de l'enfance malheureuse, organise la déchéance dans son titre II, chapitre III, articles 60 à 80. Comme en France, la déchéance est obligatoire ou facultative. Lorsqu'un individu est sous le coup d'une accusation susceptible d'entraîner la déchéance, le juge d'instruction requiert l'autorité administrative de prendre des mesures provisoires pour la garde de l'enfant. L'action en déchéance peut être exercée par la mère, un parent quelconque, un conseil communal, une commission scolaire, un établissement public de charité ou le ministère public.

La loi gènevoise sur la puissance paternelle date seulement du 20 mai 1891. Elle prévoit une déchéance de plein droit contre les père ou mère condamnés : 1° en vertu des articles 213 ou 214 du Code pénal ; 2° comme auteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis sur un de leurs enfants ; 3° comme auteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis par un de leurs enfants. La déchéance doit être prononcée par le tribunal civil ; à cet effet le greffier de la juridiction qui a prononcé la condamnation adresse un extrait du jugement au tribunal du domicile des parents. Celui-ci après avoir entendu le ministère public, prononce à l'audience un jugement déclaratif de la déchéance de plein droit.

Cette décision n'est susceptible ni d'opposition ni

d'appel. La déchéance obligatoire cesse de plein droit par la révision du procès ou la réhabilitation judiciaire.

Il existe aussi à Genève une déchéance facultative qui est prononcée pour certaines condamnations ou pour un motif analogue à celui de notre article 2, § 6, et une déchéance d'administration légale qui laisse au père son droit d'usufruit (art. 22). La procédure de ces déchéances est analogue à la procédure française. Cependant, le jugement n'est pas susceptible d'opposition ; le tribunal doit statuer sur la demande dans le délai d'un mois. Un article impose spécialement aux autorités cantonales et communales et aux fonctionnaires publics l'obligation de dénoncer les faits de nature à motiver la déchéance.

Les jugements rendus en cette matière sont affichés au greffe du tribunal de première instance, au greffe des tutelles et chez les notaires du canton. Après la déchéance la tutelle est organisée comme en France ; la puissance peut aussi faire l'objet d'une restitution.

Dans les autres cantons suisses où la législation diffère sensiblement de la nôtre en cette matière, les prescriptions sont différentes pour chaque canton. Néanmoins nous retrouvons presque partout la puissance paternelle organisée comme une tutelle légale ; les intérêts des enfants soumis à cette tutelle comme ceux soumis à toute autre sont sauvegardés par l'autorité publique. Tantôt c'est l'autorité administrative

seule, ou bien l'autorité judiciaire et les municipalités, ou enfin les tribunaux seuls qui sont investis de cette mission; mais il y a toujours, au lieu de subrogée tutelle, une autorité qui est chargée de réprimer les abus de la puissance paternelle et de prendre les mesures nécessaires pour les faire cesser. Le père frappé par une décision de ce genre, et c'est encore ici une règle commune à presque tous les cantons, a un recours devant l'autorité hiérarchiquement supérieure, soit dans l'ordre administratif, soit dans l'ordre judiciaire.

Parmi les législations qui se sont inspirées plus ou moins directement de notre Code civil, les unes en sont restées au système primitif qui consistait à ne pas prévoir l'indignité possible des parents, les autres au contraire ont cherché à assurer la protection de l'enfance en retirant la puissance paternelle à ceux qui en abusaient.

Parmi les premières nous trouvons la législation de la Belgique. Dans ce pays aucune réforme n'a été faite et même le Code pénal du 8 juin 1867, tout en contenant une disposition analogue à celle de notre article 335 Code pénal a laissé subsister cette anomalie que le père n'est déchu de sa puissance qu'à l'égard de l'enfant victime, et qu'il conserve ses droits sur tous les autres.

En Espagne, aucune déchéance proprement dite de la puissance paternelle n'est prévue: il existe bien une

loi du 26 juillet 1878 punissant les parents acrobates ou directeurs de cirque, qui font exécuter des tours de force à leurs enfants âgés de moins de douze ans, ou les livrent à un individu acrobate, mendiant ou vagabond. Mais une telle loi n'est pas accompagnée de son corollaire indispensable : la privation de la puissance dont les parents ont ainsi abusé. Cependant il existe des cas où l'enfant est émancipé ou passe sous l'autorité de sa mère : lorsqu'il a été victime d'abus du droit de correction, qu'il a été prostitué, ou que son père a succombé dans une instance en séparation de corps.

En Hollande, où les prérogatives paternelles sont plus limitées que chez nous, il n'existe pas un système complet de déchéance de la puissance des parents indignes. Mais il y a cependant des cas où la privation de cette puissance peut être prononcée : lorsque le père est absent, interdit, condamné pour le fait prévu par notre article 335 Code pénal, ou frappé de la dégradation civique.

D'autres législations inspirées du Code civil ont remédié à son insuffisance dans la partie qui nous occupe.

En Russie la puissance paternelle est enlevée à celui qui a encouru certaines condamnations : articles 27, 1588 du Code pénal, qui a abjuré la religion orthodoxe ou a fait preuve d'un vice évident ou d'un caractère rude.

L'exercice de la puissance paternelle est transporté à la mère ou à un tuteur nommé par le conseil de famille : articles 229-231, Code civil. Sont encore déchus les parents frappés d'imbécillité ou d'aliénation mentale. Enfin la privation de la gestion des biens des enfants atteint les prodigues et les faillis.

En Pologne, une loi du 13 juin 1825 prive de la puissance paternelle les condamnés à une peine afflictive et infamante (art. 21), les interdits pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur, les individus engagés par des vœux monastiques, les gens d'une inconduite notoire (art. 414). Nous trouvons dans la loi polonaise une disposition spéciale sur l'attribution de la puissance paternelle en cas de divorce. Après dissolution du mariage par cette cause, il s'ouvre sur les enfants une tutelle qui appartient de plein droit à l'époux innocent. Si les deux époux sont coupables, le conseil de famille statue sur la dévolution de la tutelle.

Au Portugal, le juge qui condamne un père même pour un simple délit peut prononcer la privation de la puissance paternelle pour un certain temps à titre de supplément de peine. Quand les tribunaux usent de cette faculté, la tutelle des enfants est ouverte ; si c'est la mère qui est tutrice elle est surveillée par l'assemblée de famille qui peut la destituer (art. 159-161, C. Civ.).

En Italie, le nouveau Code civil a édicté de sages

prescriptions dans l'intérêt des enfants ; lorsque des parents abusent de leur autorité, qu'ils manquent à leurs devoirs ou deviennent incapables de les remplir, le pouvoir judiciaire intervient pour nommer un tuteur ou un curateur, priver les indignes de l'usufruit et prendre toutes les mesures convenables. Comme l'on voit, le pouvoir des tribunaux est considérable, aucun texte ne le limite, ils doivent statuer pour le mieux des enfants. Cette large faculté d'appréciation et de décision est utile dans une matière où les solutions devront être différentes pour chaque espèce, où il faut pouvoir tenir compte du droit du père et de l'intérêt des enfants. D'après une telle loi, les tribunaux peuvent sanctionner et rendre efficaces des dispositions prises par des parents, par des amis, approuvées quelquefois par les père et mère, et inspirées seulement par une affection intelligente à l'égard des enfants. Le jugement sera rendu, constatant un accord tout à fait désirable, et il empêchera que plus tard un parent mal conseillé ou animé de sentiments de discorde n'aille troubler l'éducation de ses fils et réclamer des droits dont il ne ferait pas bon usage. Une autre limitation à la puissance paternelle résulte de l'article 221 Code civil ; le Président du tribunal peut permettre à l'enfant de s'éloigner, pour de justes motifs, de la maison paternelle ; cette demande peut être formée par des parents ou par le ministère public. Depuis le Code

civil est intervenue une loi du 21 décembre 1873 pour empêcher l'emploi des enfants dans les professions ambulantes, qui inflige un emprisonnement de un à trois mois et une amende de 50 à 250 livres à ceux qui contreviennent à ses dispositions. En outre le tribunal peut priver de la puissance paternelle pour le temps qu'il jugera nécessaire les père ou mère condamnés en vertu de la loi du 21 décembre 1873. En résumé, la puissance paternelle en Italie est considérée comme ce qu'elle doit être en réalité, une magistrature domestique exercée au nom de la société.

Les autres législations de l'Europe diffèrent profondément du droit français, et cependant nous allons retrouver dans beaucoup d'entre elles des dispositions analogues à celle de notre loi.

D'après le code prussien, la puissance paternelle est retirée à ceux qui sont condamnés à dix ans au moins d'emprisonnement simple, aux prodigues, à ceux qui abandonnent leurs enfants de propos délibéré, aux citoyens qui émigrent pour se soustraire à leurs obligations de sujet; sont privés momentanément de la même autorité, ceux qui sont atteints d'aliénation mentale ou condamnés à un emprisonnement supérieur à deux années. L'enfant qui veut se plaindre des abus de la puissance paternelle s'adresse au tribunal des tutelles qui est en Prusse depuis la loi du 5 juillet 1875,

la justice de paix. Dans le même pays, une loi du 13 mars 1878 sur le placement des enfants laissés sans surveillance prévoit un cas analogue à celui du § 5, article 2 de notre loi de 1889 : le fils qui a commis une action punissable est enlevé à son père et placé par les soins du tribunal des tutelles. Enfin, en cas de divorce, les juges du principal doivent statuer sur la privation de la puissance paternelle.

Le Code bavarois édicte la cessation de la puissance paternelle contre le père qui est frappé de mort civile ou qui se rend coupable d'abus graves à l'égard de ses enfants (art. 7, §§ 1 et 2, du chap. V).

D'après le Code saxon, les parents négligents peuvent se voir enlever leurs droits sur leurs enfants par le tribunal des tutelles; c'est ce même tribunal qui statue sur l'éducation des enfants en cas de divorce.

En Autriche, l'article 177 du Code civil prononce la déchéance contre le père qui conclut un mariage incestueux, expose son enfant ou livre sa fille à la prostitution; sont aussi privés du droit d'éducation les pères qui par suite d'une incapacité morale ou physique manquent à leurs devoirs. Cette législation connaît, en outre, une suspension de la puissance paternelle si le père est déclaré prodigue, s'il tombe en démence, s'il est condamné à un an au moins de prison, s'il est absent pendant plus d'une année ou s'il émigre; il rentre dans ses droits dès que ces circons-

tances ont cessé (art. 176, C. civ.). L'enfant ou même toute personne peut s'adresser à la justice quand le père abuse de sa puissance. Lorsqu'un père est condamné à une peine susceptible d'entraîner une déchéance de son autorité, une copie du jugement de condamnation est adressée à l'autorité pupillaire qui est spécialement chargée de requérir les mesures utiles. En cas de divorce, le mari coupable perd le droit d'éducation qui passe à la mère jusqu'à la quatrième année pour les enfants mâles et jusqu'à la septième pour les filles : article 142, Code civil.

En Hongrie, les textes relatifs à notre matière sont les articles 15 à 27 de la loi du 4 juillet 1877 sur la tutelle et la curatelle. La puissance paternelle s'éteint lorsque le père néglige l'éducation ou l'entretien de ses enfants, lorsqu'il compromet leur moralité ou leur santé ou que par une mauvaise administration il met leur fortune en danger (art. 22). C'est l'autorité tutélaire qui prononce, le père peut exercer dans les trois mois de la décision un recours qui n'est pas suspensif. L'autorité tutélaire en Hongrie est représentée par le conseil des orphelins de la commune (Waisenstuhl) assisté du fiscal ; elle fonctionne sans la surveillance du stuhlrichter. L'article 23 de la loi hongroise de 1877 autorise la suspension de la puissance paternelle contre le père en curatelle ou condamné à un emprisonnement de plus d'un an. Si en principe, le père recouvre

son autorité à l'extinction de la curatelle ou à l'expiration de sa peine, ce n'est qu'autant que l'autorité tutélaire n'y voit aucun danger. L'autorité tutélaire est encore juge du conflit qui peut s'élever entre le père et son fils majeur de seize ans sur le choix d'une profession.

Les parents norwégiens sont soumis au contrôle de l'autorité tutélaire dont le principe est établi sans qu'aucun texte précise et limite ses attributions : elle agit au mieux des intérêts de l'enfant. L'autorité tutélaire est ici représentée par l'administration locale à laquelle s'adjoignent divers membres de la famille.

Au Danemark, le préfet, autorité pupillaire, veille sur les enfants, apprécie les abus sans être jamais tenu de prononcer une déchéance de plein droit ; il peut, lorsqu'il le juge utile, enlever les enfants à leur famille pour les placer dans une autre. Le père peut exercer contre les décisions du préfet un recours au ministre de la justice.

Le lord-chancelier est, en Angleterre, l'autorité pupillaire ; il agit au nom du roi, chef de toutes les familles. Il peut déléguer à un étranger la puissance paternelle du père indigne ; quant aux petits vagabonds, qu'on appelle les Arabes des rues, le magistrat les envoie dans les écoles professionnelles.

Enfin, en Grèce, la déchéance de la puissance paternelle est prononcée contre le père qui s'est rendu

coupable de certains faits graves d'immoralité; la garde seule est enlevée à celui qui abuse du droit de correction.

Nous pouvons voir par ce rapide exposé que presque dans tous les pays de l'Europe on s'est préoccupé de soustraire les enfants à l'influence funeste que pourraient exercer sur eux des parents coupables; l'autorité s'immisce dans la famille sous des formes variables, mais que ce soit un conseil communal ou un tribunal ou un préfet, il y a toujours quelqu'un qui veille sur les intérêts des enfants et prononce la déchéance des parents coupables et quelquefois seulement négligents.

CONCLUSION

Les peuples civilisés ont tous reconnu la nécessité d'une surveillance exercée par l'autorité supérieure sur la famille. La société a pour mission de maintenir la liberté de tous ses membres, et elle manquerait à son devoir en laissant opprimer celle des enfants, et en souffrant que les parents abusent de la puissance qui leur a été déléguée. L'intervention de l'autorité peut se produire de bien des façons ; la matière est délicate, car il ne faut priver le père de sa puissance que s'il y a vraiment abus, et d'un autre côté il ne faut pas, autant que possible, attendre que l'enfant ait été trop maltraité. Le système qui a été établi chez nous par la loi de 1889 tient un compte exact des droits de chacun ; s'il n'est pas parfait, nous le croyons très bon et nous espérons qu'il aura d'excellents résultats. Il a, il est vrai, un grand défaut, c'est de désorganiser la famille qui est la base de la société. Le divorce avait déjà commencé cette œuvre funeste, la déchéance de la puissance paternelle la continue. Cependant, s'il y a là une situation fâcheuse, et même menaçante, il ne faut pas s'en prendre à la loi, mais aux mœurs qui ont

rendu cette loi nécessaire. Si dans toutes les familles avaient régné des mœurs pures, si tous les parents n'avaient jamais songé qu'à élever leurs enfants avec des sentiments vertueux et honnêtes, si l'ivrognerie et la débauche n'avaient pas fait tant de progrès, et aussi tant de victimes, personne n'aurait songé à briser le foyer domestique, à élever des enfants hors des conditions normales, à en faire des hommes qui auront bien de la peine à comprendre la nécessité d'une famille qu'ils n'ont pas connue tout enfants. Il y a là un danger pour la société elle-même, dont le fondement est sapé ; aussi nous pensons que la loi ne doit être appliquée qu'avec beaucoup de circonspection, lorsque vraiment il ne sera pas possible d'éviter la déchéance ; et enfin nous souhaitons que les tribunaux, revenant sur leur jurisprudence à peine formée, usent de leur droit de contrôle, qui leur permet de soustraire l'enfant à des mauvais traitements sans rompre complètement les liens de la puissance paternelle, c'est-à-dire sans briser à jamais le foyer de la famille.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

- I. — La *manus* peut exister en dehors du mariage.
- II. — La tutelle légitime des *gentiles* s'étendait sur tout le patrimoine des femmes.
- III. — La femme qui voulait se constituer une dot par *promissio* ou par *dictio* devait agir non pas *cum consensu curatoris*, mais *cum tutore auctore*.
- IV. — Le sénatusconsulte Velléien a été rendu dans le but de restreindre l'influence des femmes, et non pour les protéger.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

- I. — L'*adpromissio* contractée au mépris de la loi Cornélia est nulle pour le tout.

- II. — A l'origine du droit romain, le déposant n'a contre le depositaire infidèle qu'une action pénale *in duplum*.
- III. — L'*oratio Severi* s'applique aux curateurs des fous et des prodigues.
- IV. — La pupille ne peut, même avec l'*auctoritas tutoris*, s'engager par un *constitutum alieni debiti*.

DROIT CIVIL

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

- I. — La déchéance de la puissance paternelle prononcée par l'article 335 du Code pénal n'était pas absolue.
- II. — Les père et mère condamnés pour un des faits spécifiés à l'article 2, § 2, de la loi du 24 juillet 1889, lorsque ces faits constituent des crimes, tombent sous l'application de l'article 1^{er}, § 2, ou de l'article 2, § 1 et non de l'article 2, § 2.
- III. — La déchéance de la puissance paternelle peut être prononcée à raison d'une condamnation intervenue depuis la loi de 1889, quand même les faits poursuivis seraient antérieurs à la promulgation de cette loi.

- IV. — La loi du 24 juillet 1889 n'a pas retiré aux tribunaux le droit de contrôler l'exercice de la puissance paternelle.
- V. — En cas de divorce, l'époux qui a la garde de l'enfant a en même temps l'administration de ses biens et le droit d'intenter une action en son nom.

DROIT CIVIL

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

- I. — Le débiteur libéré par l'effet de la prescription reste tenu d'une obligation naturelle.
- II. — Le propriétaire d'un mur peut empêcher le propriétaire voisin d'y adosser des constructions sans que le compte de mitoyenneté ait été réglé et payé; mais faute d'avoir usé de cette faculté, il n'a plus qu'un droit personnel contre l'auteur des constructions.
- III. — Le bailleur n'a pas d'action directe contre le sous-preneur.
- IV. — Le mari ne peut exercer, sans le concours de sa femme, une action en partage de biens indivis entre elle et des tiers.

DROIT PÉNAL.

- I. — Le tribunal correctionnel est compétent pour connaître de la prévention de diffamation commise à l'égard des directeurs ou administrateurs d'entreprises industrielles, commerciales ou financières, faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit.
- II. — La prescription triennale peut être invoquée par la personne civilement responsable d'un délit.

DROIT COMMERCIAL.

- I. — Un commerçant qui, sans laisser de dettes commerciales en souffrance, ne paie pas une dette civile, ne peut être mis en faillite.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

- I. — Deux époux de nationalité différente qui se sont mariés sans contrat dans un pays étranger à

l'un et l'autre et qui ont un domicile dans ce pays, doivent être considérés comme mariés sous le régime matrimonial de droit commun du lieu du mariage.

Vu par le Président de la thèse,

BUFNOIR

Vu par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer.

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD

Imprimerie des Écoles, H. JOUVE, 15, rue Racine, Paris
